

**DIE VERPFLICHTUNG DES VORSTANDES EINER
AKTIENGESELLSCHAFT ZUR VERLUSTANZEIGE AN
DIE HAUPTVERSAMMLUNG – §92 I AktG –**

Nickolaus Becker

1977



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Die Verpflichtung des Vorstandes einer
Aktiengesellschaft zur Verlustanzeige an
die Hauptversammlung - § 92 I AktG -

INAUGURAL - DISSERTATION

zur Erlangung des Grades
eines

DOKTORS DER RECHTE

bei der juristischen Fakultät der
Ludwigs-Maximilian Universität
München

Vorgelegt

von

NICKOLAUS BECKER

Rechtsanwalt in München

1977



Referent: Professor Dr. Hueck
Korreferent: Professor Dr. Canaris
Tag der mündlichen Prüfung:

12. Dezember 1977

Meinem Stiefvater in grosser
Dankbarkeit gewidmet.

INHALTSVERZEICHNIS

	<u>Seite</u>
Literaturverzeichnis	IV
Abkürzungsverzeichnis	XII
ERSTES KAPITEL	
Einleitung und Aufbau der Arbeit	1
ZWEITES KAPITEL	
Die Anzeigepflicht des Vorstandes einer Aktiengesellschaft gemäss § 92 I AktG.	4
I. <u>Historische Entwicklung der Vorschrift</u>	4
1. Art. 240 I ADHGB vom 5. Juli 1869	4
2. § 240 I HGB vom 21. Mai 1897	6
3. Die Kodifizierung des § 83 I AktG vom 30. Januar 1937	7
4. § 92 I AktG vom 6. September 1965	8
II. <u>Parallelvorschriften im deutschen Recht</u>	8
1. Personengesellschaften	9
2. Kapitalgesellschaften	10
a) § 283 AktG	10
b) § 49 III GmbHG	13
3. Genossenschaften	18
§ 140 GenG a.F., § 98 I 2 i.V.m. § 99 I 2 GenG	
4. Vereine §§ 42 II, 36 BGB	22

	<u>Seite</u>
III. <u>Der Normzweck des § 92 I AktG</u>	23
1. Normzweck	24
a. Aktionärsschutz	24
b. sonstige Schutzzwecke	31
2. Schutzgesetz im Sinne von § 823 II BGB	33
a. zugunsten der Aktionäre	33
b. zugunsten sonstiger Dritter	37
3. Ergebnis	37
IV. <u>Der Tatbestand des § 92 I AktG</u>	38
1. Anzeigepflicht	38
a. bei Aufstellung der Jahresbilanz bzw. einer Zwischenbilanz	38
b. nach pflichtgemässen Ermessen	40
c. unverzüglich	44
d. Ausnahme von der Verpflichtung	46
2. Einberufungs- bzw. Anzeigepflichtiger	48
a. Vorstand	48
b. Aufsichtsrat	55
c. Abschlussprüfer	56
d. Liquidator	57
3. Verlust	58
a. Die Anwendung der aktienrechtlichen Bewertungsvorschriften	62
aa) für § 240 I HGB	62
bb) für § 83 I AktG 1937	68
cc) für § 92 I AktG	80
dd) Ergebnis	85
b. Die Anwendung der Grundsätze einer Überschuldungsbilanz	86
aa) Die Verwandtschaft zwischen § 92 I und § 92 II AktG	86
bb) Die grammatikalische Auslegung	88
cc) Der Normzweck und die Entscheidung des BGH	89
dd) Die Entscheidungen über die Zukunft der Gesellschaft	96
ee) Ergebnis	97

	<u>Seite</u>
c. Zusammenfassung	97
d. Liquidations- und Fortsetzungsbilanz	99
4. Einberufung der Hauptversammlung	101
a. Tagesordnung	101
b. Mögliche Massnahme	103
V. <u>Verletzung der Pflichten aus § 92 I AktG</u>	104
1. Haftung	104
2. Erzwingung	110
VI. Zusammenfassung des zweiten Kapitels	112
 DRITTES KAPITEL	
Vergleichbare Bestimmungen des europäischen und amerikanischen (Vereinigte Staaten von Amerika) Rechts zu § 92 I AktG.	113
I. <u>Das französische Aktienrecht.</u>	114
II. <u>Das türkische Aktienrecht.</u>	123
III. <u>Das Schweizer Aktienrecht.</u>	124
IV. <u>Das italienische Aktienrecht.</u>	125
V. <u>Die Vorlage der Kommission der Europäischen Gemeinschaften.</u>	126
VI. <u>Das Aktienrecht der Vereinigten Staaten von Amerika.</u>	130
VII. <u>Zusammenfassung des dritten Kapitels.</u>	134
 VIERTES KAPITEL	
Reformvorschläge für § 92 I AktG	135
I. <u>Anregungen aus den ausländischen Bestimmungen</u>	135
II. <u>Formulierungsvorschlag</u>	138
III. <u>Zusammenfassung des vierten Kapitels</u>	140

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

- Adler-Düring-Schmaltz : "Rechnungslegung und Prüfung der
Aktiengesellschaft"
3. Auflage 1957
4. Auflage 1968
Zit.: Adler-Düring-Schmaltz
- American Jurisprudence : "Corporations" Volume 18,
Second Edition 1976

"Corporations" Volume 19,
Second Edition 1976

Zit.: 18 Am Jur 2 d und
19 Am Jur 2 d
- Amory and Hardee : "Materials on accounting" 1959
- Baker and Cary : "Corporations, Cases and
Materials" 1959
- Baumbach-Duden : "Handelsgesetzbuch"
22. Auflage 1977
- Baumbach-Hueck : "Aktiengesetz"
13. Auflage 1968
Zit.: Baumbach-Hueck AktG
- Baumbach-Hueck : "Gesetz betreffend die Gesellschaften
mit beschränkter Haftung"
13. Auflage 1970
Zit.: Baumbach-Hueck GmbHG
- Berkhemer : "Der Insolvenzstatus"
Dissertation Mannheim 1955
- Biermann : "Die Überschuldung als Voraussetzung
der Konkurseröffnung" 1963

- Bosvieux : "De la Réduction de la Valeur de l'Actif net au-dessous d'un Montant correspondant au Quart du Capital social" in:
"Journal des Sociétés" Mai Juni 1974, S. 136 ff.
- Brodman : "Aktienrecht" 1922
Zit.: Brodman
- Constantin : "Droit pénal des Sociétés par Actions" 1968
- Constantinesco-Hübner : "Einführung in das französische Recht" 1974
- Dahl : "Die Bewertung bei der Ermittlung der Überschuldung einer GmbH nach § 63 GmbHG" in:
GmbH-Rundschau 1964, S. 112 ff.
- Dictionnaire Joly : "Société à Responsabilité Limitée"
- Dictionnaire Joly : "Société Anonyme"
- Dose : "Die Rechtstellung der Vorstandsmitglieder in der Aktiengesellschaft" 3. Auflage 1975
- Düring : "Die Überschuldung als Konkursgrund und die Währungsumstellung" in:
Die Wirtschaftsprüfung 1949, S. 193 ff.
- Düring : "Die Bewertung im Falle des § 240 HGB" in:
Kongressarchiv 1936 des deutschen Prüfungs- und Treuhandwesens 1937, S. 165 ff.
- Eder-Berg-Tillmann-Gaul : "Handbuch der GmbH" 7. Auflage 1977
Zit.: Eder in: Handbuch der GmbH
- Erman : "Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch" 6. Auflage 1975
Zit.: Erman-Westermann

Federal Securities Law Report : Nr. 677, 20. Januar 1977

- Ferid : "Das französische Zivilrecht" 1971
- Fettel : "Überschuldung" in:
Handwörterbuch der Betriebswirtschaft,
3. Auflage, Band IV, Spalte 5463
- Frè : "Società per Azioni"
Commentario del Codice Civile
3. Auflage 1961
- Gadow u. a. : "Grosskommentar zum Aktiengesetz"
1. Auflage 1939
2. Auflage 1961
3. Auflage 1971 ff.
Zit.: Barz in Grosskommentar AktG,
2. bzw. 3. Auflage
- Gessler-Hefermehl-Eckardt-Kropff : "Aktiengesetz" 1973 ff.
Zit.: Hefermehl in: Gessler-
Hefermehl-Eckardt-Kropff
- Godin-Wilhelmi : "Aktiengesetz"
2. Auflage 1950
3. Auflage 1967
4. Auflage 1971
Zit.: Godin-Wilhelmi 2., 3. bzw.
4. Auflage
- Goldmann : "Zur Frage, Konkurs oder Vergleich"
und "zur Angemessenheit der Ver-
gleichsquote" in:
Konkurs-, Treuhand- und Schieds-
gerichtswesen 1962, S. 91 ff.
- Hachenburg : "Kommentar zum Gesetz betreffend
die Gesellschaften mit beschränkter
Haftung"
6. Auflage 1959
Zit.: Barz in Hachenburg 6. Auflage
- Hahn : "Commentar zum Allgemeinen
Deutschen Handelsgesetzbuch"
1. Band, 3. Auflage 1879
- Hay : "Einführung in das amerikanische
Recht" 1975

- Hémard, Terré et Mabillat : "La dixième Réforme du Droit des Sociétés Commerciales" 1969
- Heinen : "Handelsbilanzen"
4. Auflage 1966
- Hertlein-Meissner : "Abschluss und Prüfung der Unternehmungen"
4. Auflage 1956
- Hintner : "Praxis der Wirtschaftsprüfung"
3. Auflage 1949
- Hirsch : "Das Türkische Aktienrecht" 1958
- Hirsch : "Zur Auslegung und Reform der Überschuldungsbestimmungen im Gesellschaftsrecht" in:
Festschrift für A. Hueck 1959,
S. 307 ff.
- Hirtz : "Die Vorstandspflichten bei Verlust, Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung" 1966
Zit.: Hirtz
- Höppner : "Praxis des Aktienrechtes" 1937
- Houin-Gravenstein : "Französisches Gesellschaftsrecht"
2. Auflage 1968
- Hueck : "Gesellschaftsrecht"
17. Auflage 1975
Zit.: Hueck
- Hundertmark-Herms : "Zur Überschuldung der Kapitalgesellschaften" in:
Der Betriebsberater 1972,
S. 1118 ff.
- Institut der Wirtschaftsprüfer Deutschlands e.V. : "Wirtschaftsprüferhandbuch 1963,
1968, 1973
- Israels and Gorman : "Corporate Practice" 1962

- Keidel-Winkler : "Kommentar zum FGG"
10. Auflage 1972
- Klebba : "Die Feststellung der Überschuldung"
in:
Betriebswirtschaftliche Forschung
und Praxis 1953, S. 691 ff.
- Klebba : "Von der Zahlungsstockung zur
Zahlungseinstellung" in:
Die Wirtschaftsprüfung 1959,
S. 16 ff. und 41 ff.
- Knorr : "Grundsätze ordnungsgemässer
Bilanzierung in der Vergleichs-
bilanz und ihr Verhältnis zur
Handels- und Steuerbilanz" in:
Zentralprobleme des Insolvenz-
wesens 1959, S. 33 ff.
- Knorr "Überschuldung und Zahlungsun-
fähigkeit der GmbH" in:
Rundschau für GmbH 1951,
S. 116 ff.
- Kühn "Bewertungsprobleme bei Feststel-
lung der Überschuldung einer GmbH"
in:
Der Betrieb 1970, S. 549 ff.
- Kühn "Gläubigerschutz nach § 823 II BGB
bei Überschuldung einer GmbH" in:
Neue Juristische Wochenschrift
1970, S. 589 ff.
- Lang-Weidmüller : "Genossenschaftsgesetz"
30. Auflage 1974
- Lattin : "Lattin on Corporations" 1959
- Lefèbvre "Memento pratique des Sociétés
commerciales" 1974
- Leitner : "Bilanztechnik und Bilanzkritik"
1919

- Lindacher : "Direkte Haftung der AG-Vorstandsmitglieder und GmbH-Geschäftsführer gegenüber Gesellschaftsgläubigern bei unterlassenem oder verzögertem Konkursantrag" in:
Der Betrieb 1972, S. 1424 ff.
- Loss : "Loss on Securities Regulation"
Volume I, II, V, 1961 edition,
1974, Printing
- Lutter : "Die Europäische Aktiengesellschaft"
1976
- Martens : "Die Anzeigepflicht des Verlustes des
Garantiekapitals nach dem AktG und
dem GmbHG" in:
ZGR 1972, S. 254 ff.
- Merril, Lynch, Pierce, Fenner and Smith : "How to read a financial report"
1962
- Meyer-Meulenbergh : "Genossenschaftsgesetz"
11. Auflage 1970
- Möhring-Tank-Sieber-Scherpf : "Handbuch der Aktiengesellschaft "
1975
- Muser : "Die aktienrechtliche Meldepflicht
nach § 83 I AktG 1937" in:
Die Wirtschaftsprüfung 1961, S. 29 ff.
- Palandt : "Bürgerliches Gesetzbuch"
36. Auflage 1977
- Pribilla : "Die Überschuldungsbilanz" in:
Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen 1958, S. 1 ff., 17 ff.
- Richter : "Die Sicherung der aktienrechtlichen
Publizität durch ein Aktienamt"
1975

- Rinklin : "Die vergleichsfähige und die konkursreife Unternehmung" in:
Neue Betriebswirtschaft 1960,
S. 16 ff.
- Ritter "Kommentar zum Aktiengesetz"
2. Auflage 1937
Zit.: Ritter
- Simon : "Die Bilanzen der Aktiengesellschaften
und der Kommanditgesellschaften auf
Aktien"
4. Auflage 1910
- Soergel-Siebert : "Bürgerliches Gesetzbuch"
10. Auflage 1967 ff.
Zit.: Siebert-Schultze-v. Lasaulx
- Sonnenberger : "Französisches Handels- und Wirt-
schaftsrecht" 1975
- Schucany "Kommentar zum Schweizerischen
Aktienrecht"
2. Auflage 1960
- Schürer "Der Tatbestand der Überschuldung
im deutschen Insolvenzrecht"
Dissertation München 1963
- Schlegelberger-Quassowski "Aktiengesetz"
3. Auflage 1939
- Schmalenbach "Dynamische Bilanz"
12. Auflage 1957
- Scholz : "Kommentar zum GmbHG"
6. Auflage 1976
- Staudinger "Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch"
11. Auflage 1957 ff.
Zit.: Staudinger-Coing
- Staub : "Kommentar zum Handelsgesetzbuch"
9. Auflage 1912, 1913

- Teichmann-Köhler : "Aktiengesetz"
3. Auflage 1950
- Touffait : "Délit et Sanction dans les Sociétés"
1973
- Trumpler : "Die Bilanz der Aktiengesellschaft"
1950
- Vogel : "Kommentar zum GmbH-Gesetz"
2. Auflage 1956
- Vornbaum : "Finanzierung der Betriebe" 1962
- Warneke : "Zur Frage der Überschuldung im
Sinne des § 83 II 2 AktG (1937)" in:
Der Wirtschaftsprüfer 1949, 33 ff.
- Wehler : "Zur Auslegung des § 240 HGB" in:
Der Wirtschaftstreuhandler 1934,
S. 447 ff.
- Wilhelmi : ' Bericht zur Bundestagsdrucksache
IV - 3296
- Wiedemann : "Minderheitenschutz im Aktienhandel"
1968
- Wiedemann : "Unternehmensrecht und GmbH-
Reform" in:
Juristenzeitung 1970, S. 593 ff.
- Würdinger : "Aktien- und Konzernrecht"
3. Auflage 1973
- Zilias : "Unterbilanz und Überschuldung der
Aktiengesellschaft" in:
Die Wirtschaftsprüfung 1963, S. 93 ff.
- Zilias : "Verlust in Höhe der Hälfte des
Grundkapitals" in:
Wirtschaftsprüferhandbuch 1968,
S. 1237 ff.
- Zöllner u.a. : "Kölner Kommentar zum Aktienge-
setz" 1970 ff.
Zit. : Mertens in Kölner Kommentar
zum AktG

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a. A.	= andere Ansicht
a. a. O.	= am angegebenen Ort
Abs.	= Absatz
Abschn.	= Abschnitt
abw.	= abweichend
ADHGB	= Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
AG	= Aktiengesellschaft
AktG	= Aktiengesetz
AktG 1937	= Aktiengesetz von 1937
Anh.	= Anhang
Anl.	= Anlage
Anm.	= Anmerkung
Aufl.	= Auflage
BB	= Betriebs-Berater
Begr.	= Begründung
Beil.	= Beilage
Ber.	= Berichtigung
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	= Bundesgesetzblatt
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Bl.	= Blatt
BRD	= Bundesrepublik Deutschland
BTDrucks.	= Drucksachen des Deutschen Bundestages

DB	= Der Betrieb
DMBilG	= D-Markbilanzgesetz
EDV	= Elektronische Datenverarbeitung
Entw.	= Entwurf
EWG	= Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
GenG.	= Genossenschaftsgesetz
GmbH	= Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	= GmbH-Gesetz
HGB	= Handelsgesetzbuch
h. M.	= herrschende Meinung
KGaA	= Kommanditgesellschaft auf Aktien
MDR	= Monatsschrift für deutsches Recht
m. w. N.	= mit weiteren Nachweisen
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
RegE	= Regierungsentwurf
Rdnr.	= Randnummer
RG	= Reichsgericht
RGBl.	= Reichsgesetzblatt
RGSt.	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Urt.	= Urteil
Wertpapier	= Das Wertpapier, herausgegeben von der Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz
WM	= Wertpapier-Mitteilungen
WPg	= Die Wirtschaftsprüfung
WP-Handbuch	= Wirtschaftsprüfer-Handbuch
ZGR	= Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
Zit.	= zitierweise

ERSTES KAPITEL

Einleitung

Diese Arbeit möchte versuchen, die Pflichten des Vorstandes einer deutschen Aktiengesellschaft gegenüber ihren Aktionären bei Feststellung eines Verlustes von mindestens der Hälfte des Grundkapitals zu untersuchen. Hierbei werden auch vergleichbare Regelungen in einigen europäischen Staaten - unter Einbeziehung möglicher Entwicklungen im Hinblick auf den Entwurf für das Statut einer europäischen Aktiengesellschaft für die Mitgliedsstaaten der Europäischen Gemeinschaften - sowie in den Vereinigten Staaten von Amerika aufgezeigt werden.

Ziel der Arbeit ist jedoch nicht eine rechtsvergleichende Darstellung; vielmehr soll versucht werden, mit Hilfe der Erkenntnisse, die bei der Untersuchung der bestehenden deutschen und bei einem kurzen Überblick über die ausländische Rechtslage gewonnen wurden, Denkanstöße für eine mögliche Änderung des § 92 I AktG anzubieten.

Aufbau der Arbeit

Ausgangspunkt ist eine gründliche Untersuchung der Vorschrift des § 92 I AktG, die in einem zweiten Kapitel erfolgen wird.

Nach einer kurzen Darlegung der historischen Entwicklung der Vorschrift des § 92 AktG sowie einer Darstellung der im deutschen Recht vergleichbaren Regelungen wird zunächst dem Normzweck der Vorschrift erhöhte Aufmerksamkeit zugewandt.

Sodann wird unter Berücksichtigung von Literatur und Rechtsprechung eine Bestandsaufnahme zum Tatbestand des § 92 I AktG vorgenommen. Hierbei ist eine besondere Untersuchung dem bis zum heutigen Tage umstrittenen Problem der anzuwendenden Bilanzierungsvorschriften für die Feststellung bzw. Errechnung des Verlustes des halben Grundkapitals gewidmet. Hierzu werden nicht zuletzt auch betriebswirtschaftliche Aspekte zur Rechtfertigung der vom Verfasser gefundenen und vertretenen Lösung herangezogen werden. Letztendlich wird noch ein kurzer Abriss der sich aus der Verletzung der Pflichten gemäss § 92 I AktG ergebenden Folgen skizziert.

In einem dritten Kapitel wird die ausländische Rechtslage kurz dargestellt. Hierbei werden zunächst die vergleichbaren Vorschriften des französischen Rechts dargelegt werden. Durch das Gesetz vom 24. Juli 1966 hat sich das französische Recht vom bis dahin bestehenden traditionellen eingliedrigen System des Verwaltungsrates der dem deutschen Recht entsprechenden Zweigliedrigkeit durch Trennung von Exekutiv- und Kontrollorgan zugewandt, so dass die französische Regelung nunmehr interessante Parallelen zum deutschen Recht aufzuweisen vermag.

Sodann werden einige weitere vergleichbaren Regelungen verschiedener europäischer Staaten aufgezeigt. Schliesslich wird der Vorlage der Kommission der Europäischen Gemeinschaften an den Ministerrat der Europäischen Gemeinschaften vom 30. April 1966 erhöhte Aufmerksamkeit zugewandt. Dieser Entwurf einer geplanten Kodifizierung eines einheitlichen Aktienrechtes für die Mitgliedsstaaten der Europäischen Gemeinschaften ist vor allem auf Grund der Vermengung unterschiedlicher Einzelregelungen der verschiedenen Mitgliedsstaaten von besonderer Bedeutung.

Abschliessend wird in diesem Kapitel noch auf die Rechtslage in den Vereinigten Staaten von Amerika eingegangen werden, wobei auf Grund einer fehlenden bundesstaatlichen Regelung des Aktienrechtes die Kontrollmöglichkeiten der "Securities and Exchange Commission" (S.E.C.) für das amerikanische Aktienrecht von besonderem Interesse sind.

Schliesslich ist es einem vierten und abschliessenden Kapitel vorbehalten, die bei der Untersuchung der inländischen und ausländischen Rechtslage gewonnenen Erkenntnisse dazu zu verwenden, § 92 I AktG einer differenzierten Interpretation zuzuführen, wobei auch eine mögliche Teilmodifizierung dieser Vorschrift zur Diskussion gestellt werden wird.

ZWEITES KAPITEL

Die Anzeigepflicht des Vorstandes einer Aktiengesellschaft gemäss § 92 I AktG

Gegenstand dieses Kapitels ist die Erläuterung der Vorstandspflichten im Rahmen des § 92 I AktG. Bevor die einzelnen materiellen Grundzüge und Probleme dieser Vorschrift erörtert werden, soll zunächst die historische Entwicklung der Bestimmungen des § 92 I AktG aufgezeigt werden.

I. Historische Entwicklung der Vorschrift

1. Art. 240 I ADHGB vom 5. Juli 1869

Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch, welches durch Bundesgesetz vom 5. Juli 1869 zunächst Gesetz des norddeutschen Bundes (1) und durch Reichsgesetz vom 16. April 1871 (2) mit Ausnahme von Bayern Gesetz des deutschen Reiches wurde, sah in seinem Artikel 240 I vor, dass der Vorstand einer Aktiengesellschaft eine Generalversammlung einzuberufen und dieser Anzeige zu erstatten habe, falls sich aus der letzten Bilanz ergebe, dass sich das Grundkapital um die Hälfte vermindert habe (3).

1) BGBl. S 379

2) RGBl. S 63

3) Art. 240 I ADHGB in der Fassung vom 16. April 1871: "Ergiebt sich aus der letzten Bilanz, dass sich das Grundkapital um die Hälfte vermindert hat, so muss der Vorstand unverzüglich eine Generalversammlung berufen und dieser davon Anzeige machen."

Durch die sogenannte Aktiennovelle vom 11. Juli 1870 war der ursprüngliche Entwurf des Allgemeinen Deutschen Handelsbuches, der in den meisten Ländern seit 1861 unverändert oder mit geringen Änderungen als Landesgesetz übernommen worden war, u.a. dahingehend abgeändert worden, dass die bis dahin vorgesehene zusätzliche Anzeigeverpflichtung gegenüber der zuständigen Verwaltungsbehörde ersatzlos gestrichen worden war (4).

Die Aktiennovelle vom 18. Juli 1884 brachte schliesslich eine Änderung des Artikels 240 I ADHGB, auf Grund derer es nicht mehr notwendig war, dass sich der Verlust aus der Jahresbilanz ergeben musste, sondern hierfür bereits eine im Laufe des Geschäftsjahres aufgestellte Bilanz ausreichend war (5).

4) Art. 240 I ADHGB in seiner bis zur Aktiennovelle von 1870 gültigen Fassung lautete: "... muss der Vorstand unverzüglich eine Generalversammlung berufen und dieser, sowie der zuständigen Verwaltungsbehörde, davon Anzeige machen."

5) Art. 240 I ADHGB in der Fassung der Aktiennovelle vom 18. Juli 1884 lautete: "Erreicht der Verlust, welcher aus der Jahresbilanz oder einer im Laufe des Geschäftsjahres aufgestellten Bilanz sich ergibt, die Hälfte des Grundkapitals, so muss der Vorstand unverzüglich die Generalversammlung berufen und dieser davon Anzeige machen."

2. § 240 I HGB vom 21. Mai 1897

Durch die einheitliche Regelung des Bürgerlichen Rechtes ergab sich auch die zwingende Notwendigkeit zur Neufassung des Handelsrechtes, das in Übereinstimmung mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch gebracht werden musste. In zu diesem Problem verfassten Denkschriften standen sich abweichende Meinungen bezüglich der Neufassung des Artikels 240 I HGB gegenüber, wobei vor allem dem noch später zu behandelnden Problem der anzuwendenden Bilanzierungsvorschriften grosse Bedeutung beigemessen wurde (6).

Schliesslich erhielt § 240 I HGB, von unwesentlichen sprachlichen Änderungen abgesehen, einen dem Artikel 240 I ADHGB in der Fassung der Aktiennovelle vom 18. Juli 1884 gleichlautenden Wortlaut (7). Nach der neuen Regelung des § 240 I HGB war es bereits ausreichend, wenn sich der Verlust "bei der Aufstellung der Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz" ergeben hatte; das Erfordernis einer fertiggestellten Bilanz wurde somit nicht mehr aufrechterhalten.

6) Siehe hierzu insbesondere Simon:

Die Bilanzen der Aktiengesellschaften und der Kommanditgesellschaften auf Aktien, 4. Aufl., § 124, S. 464 ff.

7) § 240 I HGB: "Erreicht der Verlust, der sich bei der Aufstellung der Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz ergibt, die Hälfte des Grundkapitals, so hat der Vorstand unverzüglich die Generalversammlung zu berufen und dieser davon Anzeige zu machen."

3. Die Kodifizierung des § 83 I AktG vom
30. Januar 1937 (8)

Die Kodifizierung des neuen Aktiengesetzes unter Herauslösung aus dem Handelsgesetzbuch unterzog den bisherigen § 240 I HGB einer erheblichen Veränderung. In dem neu kodifizierten § 83 I AktG 1937 (9) wurde nicht mehr allein auf das Erfordernis der Aufstellung einer Jahresbilanz bzw. einer Zwischenbilanz abgestellt. Eine Anzeigeverpflichtung des Vorstandes war bereits dann gesetzlich vorgeschrieben, wenn dieser bei "pflichtgemäßem Ermessen" anzunehmen hatte, dass ein Verlust in Höhe des halben Grundkapitals entstanden war. Hierdurch sollte - so zumindest nach Auffassung des Gesetzgebers - der weit verbreiteten Unsitte Einhalt geboten werden, dass sich der Vorstand seiner Anzeigepflicht gemäss § 240 I HGB durch Verzögerung der Erstellung von Jahresbilanzen oder der Unterlassung der Erstellung von Zwischenbilanzen entzog. Die Ergänzung des bisherigen § 240 I HGB in der nunmehrigen Fassung des § 83 I AktG 1937 verpflichtete den Vorstand zu einer kontinuierlichen und laufenden Beobachtung der Ertragssituation und Vermögenslage der Gesellschaft.

8) RGBI I 107

9) § 83 I AktG 1937: "Ergibt sich bei Aufstellung der Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz oder ist bei pflichtgemäßem Ermessen anzunehmen, dass ein Verlust in Höhe der Hälfte des Grundkapitals besteht, so hat der Vorstand unverzüglich die Hauptversammlung zu berufen und dieser davon Anzeige zu machen."

4. § 92 I AktG vom 6. September 1965 (10)

Bei der Neufassung des Aktiengesetzes in seine heute gültige Fassung erfuhr der Paragraph 83 I AktG 1937, abgesehen von einer unwesentlichen sprachlichen Änderung im letzten Halbsatz, keine materiell rechtliche Änderung (11). Auch in der Begründung des Regierungsentwurfs wird lediglich festgehalten, dass "die Absätze 1 und 2 - von sprachlichen Änderungen abgesehen - dem geltenden Recht (§ 83 AktG 1937) entsprechen." (12). Obwohl zu diesem Zeitpunkt die Problematik dieser Vorschrift, insbesondere die Streitfrage der anzuwendenden Bilanzierungsvorschriften klar erkannt war, unterblieb eine mögliche Klarstellung durch den Gesetzgeber.

II. Parallelvorschriften im deutschen Recht

Es erscheint für eine gründliche Untersuchung nicht ausreichend, eine isolierte Betrachtung des § 92 I AktG vorzunehmen, ohne hierbei auf Parallelvorschriften im deutschen Recht einzugehen. Deshalb werden nachstehend vergleichbare Vorschriften für sonstige Kapitalgesellschaften, Personengesellschaften sowie weitere Gesellschaftsformen aufgezeigt.

10) BGBl. I S. 1089

11) § 92 I AktG. "Ergibt sich bei Aufstellung der Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz oder ist bei pflichtgemäßem Ermessen anzunehmen, dass ein Verlust in Höhe der Hälfte des Grundkapitals besteht, so hat der Vorstand unverzüglich die Hauptversammlung einzuberufen und ihr dies anzuzeigen."

12) Begründung Regierungsentwurf zu § 83 Regierungsentwurf (= § 92 AktG 1965).

1. Personengesellschaften

Normzweck des § 92 I AktG ist es in erster Linie wie noch nachfolgend ausführlich aufgezeigt werden wird (13), die Aktionäre - also die "Gesellschafter" - über einen drohenden Vermögensverlust zu informieren. Sowohl bei der Gesellschaft des Bürgerlichen Rechtes (14), der OHG (15) als auch der Kommanditgesellschaft (16) obliegt die Geschäftsführung nach dem Willen des Gesetzgebers zunächst ausschliesslich und uneingeschränkt den Gesellschaftern (16a). Das im Gesetz verankerte Recht der unbeschränkten Geschäftsführung ist nicht zuletzt wegen der persönlichen Haftung der Gesellschafter zwingend vorgesehen (17). Bei einer Identität von Gesellschaftern und Geschäftsführern ist jedoch keine Notwendigkeit ersichtlich, eine die Geschäftsführung bindende Regelung hinsichtlich der Informationspflicht gegenüber den Gesellschaftern bei Verlust eines bestimmten Gesellschaftskapitalbetrages vorzunehmen.

13) Siehe 2. Kapitel III 1. S. 24 ff.

14) §§ 705 BGB, insbesondere § 709 I BGB.

15) §§ 105 HGB, insbesondere § 114 I HGB.

16) § 161 HGB i.V.m. § 114 I HGB sowie Umkehrschluss aus § 164 HGB.

16a) Hueck, S. 8, spricht von einer "Selbstorganschaft" hinsichtlich der Geschäftsführungsbefugnis der Gesellschafter einer Personengesellschaft im Gegensatz zur "Drittorganschaft" bezüglich der Trennung von Gesellschafts- und Geschäftsführungsrechten bei einer Kapitalgesellschaft.

17) § 735 BGB, § 128 HGB, § 161 I HGB.

Im Gegensatz hierzu ergab sich diese Notwendigkeit für Kapitalgesellschaften auf Grund der ursprünglichen Trennung von Gesellschaftern und Geschäftsführungsorganen; durch die der Geschäftsführung auferlegte Pflicht zur Information sollten die meist über die täglichen Geschäfte nur unzureichend informierten Gesellschafter in erhöhtem Masse geschützt werden. Der "Gesellschaftergeschäftsführer" einer Personengesellschaft wiederum ist durch seine Eigengeschäftsführung über eventuelle Verluste unterrichtet. Daher ist eine zu § 92 I AktG vergleichbare Regelung im Recht der Personengesellschaften unterblieben.

2. Kapitalgesellschaften

a. § 283 AktG

Bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien entspricht die Stellung der persönlich haftenden Gesellschafter als Verwaltungsorgane der des Vorstandes einer Aktiengesellschaft (17a). Deshalb bestimmt § 283 AktG für die persönlich haftenden Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft auf Aktien die entsprechende Anwendung gewisser Vorschriften des Aktiengesetzes, die sich auf den Vorstand einer Aktiengesellschaft beziehen.

17a) Siehe Hueck, S. 241.

Fraglich ist jedoch, ob mit Hilfe von § 283 AktG auch § 92 I AktG auf die persönlich haftenden Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft entsprechend anzuwenden ist.

Unmittelbare Erwähnung findet § 92 I AktG in § 283 AktG nicht; im Gegensatz hierzu ist die sinngemässe Anwendung des § 92 II AktG in § 283 Ziffer 14 ausdrücklich vorgesehen. Ein Teil der Literatur lehnt daher die Anwendung des § 92 I AktG für die persönlich haftenden Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft auf Aktien ab (18).

Andererseits sieht § 283 Ziffer 6 AktG die sinngemässe Anwendung der für die Einberufung der Hauptversammlung geltenden Vorschriften vor. Da § 92 I AktG eine Pflicht des Vorstandes zur Einberufung einer Hauptversammlung normiert, könnte seine Anwendung für die persönlich haftenden Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft auf Aktien aus § 283 Ziff. 6 abgeleitet werden (18a).

18) Barz in Grosskommentar AktG, 3. Aufl., Anm. 12 zu § 283

Mertens in Kölner Kommentar zum AktG § 283, Rn 16

18a) Diese Ansicht vertritt Hirtz, S. 25 bezüglich der Anwendbarkeit des § 83 I AktG 1937 für die persönlich haftenden Gesellschafter einer KGaA.

Klärende Rechtssprechung ist für diese Frage - soweit ersichtlich - noch nicht ergangen. Es vermögen weder die befürwortenden noch die ablehnenden Ansichten für die Anwendbarkeit bzw. Nichtanwendbarkeit des § 92 I AktG bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien zu überzeugen, wobei jedoch zur Anwendbarkeit des § 92 I AktG geneigt wird. Dies vor allem aus folgenden Gründen:

Wie bei der Aktiengesellschaft der Aktionär durch die Bestimmung des § 92 I AktG geschützt wird, verdient auch der Kommanditaktionär einen entsprechenden Schutz, da seine Stellung trotz der anderslautenden Bezeichnung der des Aktionärs einer Aktiengesellschaft entspricht (19) und kein Differenzierungsgrund ersichtlich ist, ihn gegenüber einem Aktionär zu benachteiligen. Vielmehr erscheint seine Stellung möglicherweise noch schutzwürdiger, da der persönlich haftende Gesellschafter kraft seiner Doppelfunktion als Vorstand und (zumindest i. d. R.) "Hauptaktionär" versucht sein könnte, eine Unterrichtung der Kommanditaktionäre über eventuelle Kapitalverluste der Gesellschaft zur Vermeidung unnötiger Publikation zu unterlassen.

19) Hueck, S. 241.

Eine Anwendung von § 92 I AktG auf den persönlich haftenden Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft auf Aktien ist daher zu bejahen.

b. § 49 III GmbH-Gesetz

Für das Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung sieht § 49 III GmbHG eine ähnlich lautende Bestimmung wie § 92 I AktG vor (20). Zunächst ist festzustellen, dass sich § 49 III GmbHG noch stark an den Wortlaut des Art. 240 I ADHGB in der Fassung der Aktiennovelle vom 18. Juli 1884 anlehnt (21). Dies könnte sich daher erklären lassen, dass § 49 III GmbHG seit Verkündung des Gesetzes (22) keine Änderung mehr erfahren hat und somit noch stark an den Wortlaut der Vorschriften des ADHGB angelehnt ist.

20) § 49 III GmbHG: "Insbesondere muss die Versammlung (=Versammlung der Gesellschafter, Anm. des Verfassers) unverzüglich berufen werden, wenn aus der Jahresbilanz oder aus einer im Laufe des Geschäftsjahres erstellten Zwischenbilanz sich ergibt, dass die Hälfte des Stammkapitals verloren ist".

21) Siehe Fussnote 5).

22) 1892, RGBl. S. 477 bzw. 1898, RGBl. S. 846.

Insbesondere stellt § 49 III GmbHG nach wie vor auf eine fertiggestellte Jahresbilanz bzw. Zwischenbilanz ab, aus welcher sich der Verlust in Höhe der Hälfte des Stammkapitals ergeben haben muss (23).

Weiterhin unterscheidet sich § 49 III GmbHG von § 92 I AktG dahingehend, dass die Verpflichtung des Geschäftsführers zur Einberufung einer Gesellschafterversammlung lediglich für den Fall statuiert ist, wenn sich ein Verlust aus einer Jahresbilanz oder Zwischenbilanz ergibt.

-
- 23) Scholz: Kommentar zum GmbH-Gesetz, Rn. § zu § 49 GmbHG stellt bereits ausdrücklich darauf ab, dass sich der Verlust "aus" der Bilanz bzw. einer Zwischenbilanz zu ergeben hat.

Ebenso Vogel: Kommentar zum GmbHG, Anm. 2 zu § 49 GmbHG und

Baumbach-Hueck, GmbHG, Anm. 3 zu § 49 GmbHG;

Schmidt-Goerdeler in: Hachenburg 6. Aufl., Anm. 10 zu § 49 GmbHG sowie

Eder in: Handbuch der GmbH nehmen zu der Frage, ob evtl. eine Analogie zu § 92 I AktG bezüglich Aufgabe des Erfordernisses einer fertiggestellten Bilanz gezogen werden kann, da unter Umständen § 49 III GmbHG lediglich auf Grund einer gesetzgeberischen Nachlässigkeit bis zum heutigen Tage nicht geändert wurde, nicht Stellung.

Eine Regelung dergestalt wie sie in § 83 I AktG 1937 und nunmehr § 92 I AktG 1965 enthalten ist - diese verpflichtet den Vorstand auch zur Anspannung seines pflichtgemässen Ermessens, um festzustellen, ob ein Verlust in Höhe des halben Grundkapitals vorliegt - ist im Wortlaut des § 49 III GmbHG nicht vorgesehen (24). Allerdings dürfte der Geschäftsführer zur Aufstellung einer Zwischenbilanz verpflichtet sein, wenn er annehmen muss, dass ein entsprechender Verlust vorhanden ist.

24) Siehe 20).

25) Siehe hierzu Schmidt-Goerdeler in: Hachenburg 6. Aufl. Anm. 10 zu § 49 GmbHG mit weiteren Nachweisen; diese berufen sich insbesondere auch auf die Worte "nach pflichtgemäßem Ermessen" in § 83 I AktG 1937.

Hirtz, S. 25 Fussnote 83, will nach der eben zitierten Anmerkung bereits eine analoge Anwendung des § 83 I AktG 1937 auf § 49 III GmbHG annehmen. Dieser Ansicht kann jedoch nicht zugestimmt werden. Vielmehr ergibt sich die Verpflichtung des Geschäftsführers einer GmbH zur Aufstellung einer Zwischenbilanz aus seiner allgemeinen Sorgfalts- und Überwachungspflicht. Einer analogen Anwendung des § 83 I AktG 1937 bzw. § 92 I AktG bedarf es daher überhaupt nicht.

Somit kann festgehalten werden, dass abgesehen vom unterschiedlichen Zeitpunkt - bei Aufstellung einer Bilanz bzw. aus der Bilanz - die Vorschriften des § 49 III GmbHG und § 92 I AktG im wesentlichen identisch sind. Dies erscheint auch zweckmässig, da die Stellung des Geschäftsführers einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung der des Vorstandes einer Aktiengesellschaft stark angenähert ist.

Ob daher § 49 III GmbHG nur auf Grund einer gesetzgeberischen Nachlässigkeit bis zum heutigen Tage nicht dem Wortlaut des § 92 I AktG angepasst wurde, kann letztendlich nicht eindeutig beantwortet werden. Die Entstehungsgeschichte des GmbH-Gesetzes, die damit verbundene "Verwandtschaft" mit Art. 240 I ADHGB in der Fassung der Aktiennovelle 18. Juli 1884, die Entwicklung bzw. der Stillstand des Gesetzes in den letzten 80 Jahren legen diesen Schluss nahe, der überdies durch die jüngere Vergangenheit noch erhärtet wird:

Im Entwurf eines Gesetzes über die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (25a) und ebenso in einem überarbeiteten Entwurf (25b), den die Bundesregierung im Bundestag eingebracht hat, ist

25a) Bundestagsdrucksache VI 3088 vom 31.1.1972, § 74 I des Entwurfes eines GmbHG.

25b) Bundestagsdrucksache VIII 253 vom 26.2.1973, § 74 I des Entwurfes eines GmbHG.

für das Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung nunmehr eine Angleichung an § 92 I AktG vorgesehen. Der überarbeitete Entwurf sieht in § 74 I GmbHG einen gleichlautenden Wortlaut in § 92 I AktG vor. In den jeweiligen Begründungen verweist die Bundesregierung lediglich darauf, dass durch die Neuformulierung der Vorschrift "an die Systematik des AktG angeknüpft wird" (25c).

Es erscheint jedoch höchst fraglich, ob der überarbeitete Entwurf jemals geltendes Recht werden wird. In der abgelaufenen Legislaturperiode konnte im 7. Deutschen Bundestag keine abschliessende interfraktionelle Einigung über die grundsätzlich von allen Seiten befürwortete und geforderte GmbH-Reform erzielt werden. In jüngster Zeit hat es nun den Anschein, dass von der sogenannten "Grossen GmbH-Reform" erneut Abstand genommen wurde und allenfalls eine sogenannte "Kleine GmbH-Reform" Aussicht auf tatsächliche Verwirklichung hat. In ihr ist jedoch eine Beibehaltung des § 49 III GmbHG in seiner jetzt gültigen Fassung vorgesehen (25d).

25c) Begründung Regierungsentwurf zu § 74 des Entwurfes einer GmbHG, Bundestagsdrucksache VII 253, S. 125.

25d) Siehe den Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung des GmbHG vom 13. Juli 1977, (AZ 3510/1, noch nicht veröffentlicht), der eine unveränderte Beibehaltung des bisherigen § 49 III GmbHG vorsieht.

3. Genossenschaften

Durch die Novellen vom 20. Dezember 1933 (25e) und 9. Oktober 1973 (26) wurde die bis dahin bestehende Unterscheidung zwischen Genossenschaften mit unbeschränkter Haftung (ehemals "eGmuH" bezeichnet) und solchen mit beschränkter Haftung (ehemals "eGmbH") endgültig aufgehoben. Für die ehemalige eGmuH kann auf die Ausführungen bei II 1) hinsichtlich der Personengesellschaften verwiesen werden, da auf Grund der damaligen unbeschränkten Haftung der Genossen gegenüber ihren Gläubigern haftungsmässig eine starke Anlehnung an die Personengesellschaft gegeben war.

Für die ehemalige eGmbH sah § 140 I GenG vor, dass der Vorstand im Falle einer Überschuldung, die über ein Viertel des Betrages der Haftung aller Genossen hinausging, die Verpflichtung hatte, die Eröffnung des Konkursverfahrens oder die Eröffnung des gerichtlichen Vergleichsverfahrens zu beantragen (27).

25e) RGBI. I S. 1089 ff.

26) BGBI. I S. 1451 ff.

27) § 140 GenG lautete: "Das Konkursverfahren findet in dem Falle der Überschuldung statt, sofern diese ein Viertel des Betrages der Haftung aller Genossen übersteigt. Der Vorstand hat, wenn eine solche Überschuldung sich aus der Jahresbilanz oder einer im Laufe des Jahres aufgestellten Bilanz ergibt, ohne schuldhaftes Zögern die Eröffnung des Konkursverfahrens oder die Eröffnung des gerichtlichen Vergleichsverfahrens zu beantragen."

Siehe ausserdem hierzu Meyer-Meulenbergh:
Genossenschaftsgesetz, 11. Aufl. Anm. 2 zu
§ 140 GenG.

Auf Grund dieser sehr restriktiven Regelung bestand keine Notwendigkeit der Normierung einer unmittelbaren Parallelvorschrift zu § 92 I AktG.

Durch das Gesetz zur Änderung des Gesetzes betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 9. Oktober 1973 wurde § 140 GenG durch die §§ 98 ff. GenG ersetzt. Diese Änderung war vor allem erforderlich, weil die bis dahin bestehende Differenzierung zwischen Genossenschaften mit unbeschränkter bzw. beschränkter Haftung aufgehoben und eine neue Dreiteilung in Genossenschaften mit unbeschränkter, beschränkter bzw. ohne Nachschusspflicht vorgenommen wurde (27a). § 98 GenG unterscheidet für die vorstehend aufgezeigten drei Genossenschaftstypen nunmehr wie folgt:

- Bei einer Genossenschaft mit unbeschränkter Nachschusspflicht muss der Vorstand bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit, § 98 I Ziff. 1 i.V.m. § 99 I 1 GenG, die Eröffnung des Konkurs- bzw. Vergleichsverfahrens beantragen.

27a) Siehe zu dieser Neueinteilung Hueck, S. 260, 261.

- Dieselbe Verpflichtung trifft den Vorstand einer Genossenschaft mit beschränkter Nachschusspflicht, falls die Genossenschaft überschuldet ist und die Überschuldung ein Viertel des Gesamtbetrages der Haftung aller Genossen übersteigt, § 98 I Ziff. 2 i.V.m. § 99 I 2 GenG.
- Für die Antragsverpflichtung des Vorstandes einer Genossenschaft ohne Nachschusspflicht ergibt sich diese Verpflichtung bereits grundsätzlich beim Eintritt der Überschuldung der Genossenschaft, § 98 I Ziff. 3 i.V.m. § 99 I 2 GenG.

Unter "Überschuldung" im Sinne der vorstehend angeführten Vorschriften wird hierbei ein Übersteigen der Passiva gegenüber den Aktiva der Genossenschaft, unter zusätzlicher Berücksichtigung eventueller Geschäftsguthaben und Reserven verstanden (27b). Daher bestand auch jetzt noch keine Notwendigkeit für eine unmittelbare Parallelvorschrift zu § 92 I AktG.

27b) Lang-Weidmüller: Genossenschaftsgesetz. 30. Aufl., Anm. 11 zu § 98 GenG;
Meyer-Meulenbergh, a. a. O., Anm. 2 zu § 118 GenG.

Interessanterweise hat der Gesetzgeber im Wortlaut des § 92 I Satz 2 GenG nunmehr auch die Pflicht des Vorstandes, aus "pflichtgemäßem Ermessen" heraus eine eventuelle Überschuldung festzustellen, aufgenommen und somit eine starke Angleichung an den Wortlaut des § 92 I AktG vorgenommen (28). Dies stärkt die vorstehend vertretene Ansicht, dass der Gesetzgeber wohl bei einer entsprechenden Änderung des § 49 III GmbHG eine noch stärkere Angleichung an den Wortlaut des § 92 I AktG, insbesondere im Hinblick auf die Anwendung des pflichtgemässen Ermessens vorgenommen hätte.

Neben den vorstehend zitierten Vorschriften des GenG ergibt sich für den Vorstand einer Genossenschaft die Verpflichtung zur Aktivität und zur Einberufung einer Generalversammlung gemäss § 44 I GenG, wenn dies "im Interesse der Genossenschaft erforderlich erscheint". Hat eine Genossenschaft mehr als die Hälfte ihres Geschäftsguthabens verloren - eine zu § 92 I AktG vergleichbare Situation -, erfordert das Interesse der Genossenschaft eine Einberufung einer Generalversammlung.

28) Weder die Begründung des Regierungsentwurfes (Bundestagsdrucksache VII 97 S. 29) noch Lang-Weidmüller a.a.O. nehmen jedoch zu dieser Angleichung Stellung.

4. Vereine

Eine direkte Parallelvorschrift zu § 92 I AktG besteht im Vereinsrecht nicht, da eine Kapitalgesellschaft - wenn überhaupt - nur sehr begrenzt mit einem Verein im Sinne des BGB zu verglichen ist, obwohl vielfach die Ansicht vertreten wird, dass z. B. die Aktiengesellschaft auf Grund ihrer Unabhängigkeit von ihrem Mitgliederbestand und ihrer körperlichen Struktur ein Verein sei (28a). Allerdings sieht § 42 II BGB - ähnlich wie im Genossenschaftsrecht - vor, dass bei Überschuldung des Vereins der Vorstand das Konkurs- bzw. Vergleichsverfahren einzuleiten hat. Überdies sieht § 36 BGB vor, dass die Mitgliederversammlung des Vereins einzuberufen ist, wenn "dies das Interesse des Vereins erfordert". Naturgemäss ist ein vitales Vereinsinteresse auch im Falle eines entsprechenden Verlustes des Vereinsvermögens gegeben (29).

28a) Vergleiche statt vieler, Hueck, S. 118

29) So auch Staudinger-Coing: Anm. zu § 36, 42 BGB

Palandt-Danckelmann

Erman-Westermann

Siebert-Schultze-v. Lasaulx,

beziehen bei ihrer Kommentierung der §§ 36, 42 BGB hierzu nicht Stellung.

III. Der Normzweck des § 92 I AktG

Grundsätzlich darf davon ausgegangen werden, dass der Anzeigeverpflichtung des Vorstandes gemäss § 92 I AktG eine Warnfunktion zukommt (30); sie äussert sich dahingehend, dass vom eigentlichen Exekutivorgan, dem Vorstand, die Entscheidungsgewalt in die Hände der Hauptversammlung, somit also in den Pflichtkreis der Aktionäre verlagert wird. Diese Verlagerung erfolgt im wohlverstandenen Interesse der Aktionäre. Denn diese haben einen Anspruch darauf, über die gespannte finanzielle Situation des Unternehmens unterrichtet zu werden, um sodann die notwendigen Entscheidungen treffen zu können. Vor allem ist es auch ihre Aufgabe, eine noch weitere Verschlechterung der Situation der Gesellschaft zu verhindern (31). Die Aufforderung an die Aktionäre, die nunmehr allein zum Handeln berechtigt und verpflichtet sind, aktiv tätig zu werden, kommt dem Normzweck des § 92 I AktG ziemlich nahe. Eine endgültige Antwort hierzu kann jedoch nur nach einer Untersuchung des Normzwecks gegeben werden.

30) Martens: Die Anzeigepflicht des Verlustes des Garantiekapitals nach dem AktG und dem GmbHG in ZGR 1972, S. 255.

31) So auch Martens a.a.O., S. 256.

1. Normzweck

a. Aktionärsschutz

Seit Anfang des Jahrhunderts haben Rechtsprechung und Literatur als Normzweck des § 92 I AktG und seiner entsprechenden Vorgänger überwiegend eine Schutzfunktion der Aktionäre gesehen; für § 240 I HGB hat bereits Staub (32) diese Schutzfunktion bejaht. Die gegenteilige Ansicht vertrat Brodman (33), der in § 240 I HGB eine "Vorschrift von allgemeiner rechtspolizeilicher Tendenz" gesehen hat und ihr Schutzcharakter im Sinne von § 823 II BGB abspricht.

Ritter enthält sich bei seiner Kommentierung des § 83 AktG 1937 jeglicher Stellungnahme. Schlegelberger-Quassowski (33a) sprechen bei ihrer Einleitung zu § 83 AktG vom "überwiegenden Interesse der Aktionäre". Auch Schmidt (33b) bejaht das alleinige Aktionärsinteresse der Vorschrift und verneint ausdrücklich ein etwaiges Interesse der Gläubiger und der Allgemeinheit.

32) Staub, Kommentar zum HGB, 9. Aufl., Anm. 1 zu § 240 HGB.

33) Brodman, Anm. 1 b zu § 240 HGB.

33a) Schlegelberger-Quassowski, Aktiengesetz 3. Aufl. Einleitung zu § 83 AktG 1937.

33b) Schmidt in: Grosskommentar AktG, 1. Aufl., Anm. 1 zu § 83 AktG 1937.

Etwas unklar äussern sich Teichmann-Köhler (33c), die in ihrer Vorbemerkung zu § 83 AktG 1937 lediglich ausführen, dass die Vorschrift "die Belange der Aktiengesellschaft schützt". In einer neueren Auflage des Grosskommentars halten Schmidt, Meyer-Landrut (33d) schliesslich die bereits früher vertretene Ansicht aufrecht.

Auch die meisten Kommentatoren des neuen § 92 I AktG bejahen die Schutzfunktion der Vorschrift zugunsten der Aktionäre, so insbesondere Baumbach-Hueck (33e), Meyer-Landrut (33f) Godin-Wilhelmi (33g) und Hefermehl (33h). Eine gegenteilige Ansicht vertritt lediglich Mertens (33i), der dies mit der "Voraushaftungsfunktion des Eigenkapitals" (33j) rechtfertigt.

-
- 33c) Teichmann-Köhler, 3. Aufl., Vorbemerkung zu § 83 AktG 1937
- 33d) Schmidt, Meyer-Landrut in: Grosskommentar AktG, 2. Aufl., Anm. 1 zu § 83 AktG 1937
- 33e) Baumbach-Hueck, AktG, § 92, Rn 2
- 33f) Meyer-Landrut in Grosskommentar AktG, 3. Aufl., Anm. 3 zu § 92 AktG
- 33g) Godin-Wilhelmi, 3. und 4. Aufl., jeweils Anm. 1 zu § 92 AktG
- 33h) Hefermehl in: Gessler-Hefermehl-Eckardt-Kropff, § 92, Rn 1
- 33i) Mertens in Kölner Kommentar zum AktG, § 92, Rn 33
- 33j) Siehe zu diesem Begriff Vornbaum: Finanzierung der Betriebe, S. 21 sowie Hirtz, S. 7

Dieser also in der Literatur nahezu einstimmig vertretenen Meinung ist zuzustimmen:

Das Aktiengesetz hat bewusst und gewollt den Aktionär von der Führung der täglichen Geschäfte der Aktiengesellschaft ausgeschlossen und dessen Rechte im wesentlichen auf deren Ausübung in der jährlichen Hauptversammlung beschränkt. Daneben wird der Aktionär über den Geschäftsverlauf des abgelaufenen Geschäftsjahres und die Lage der Gesellschaft durch den Geschäftsbericht informiert. Den Verlust des halben Grundkapitals sah nun der Gesetzgeber als so schwerwiegend an, dass er durch die zwingende Einberufung einer ausserordentlichen Hauptversammlung hierüber den Aktionär informieren wollte. Denn Adressat dieser Information sind einzig und allein die die Hauptversammlung tragenden Aktionäre. Eine Norm, die den Adressaten über einen eingetretenen konkreten Tatbestand informieren will und ihm die Möglichkeit zur Beseitigung oder sonstigen Behebung dieses Tatbestandes einräumt, kann damit nur den Schutz dieses Adressaten bezwecken. Der Normzweck des § 92 I AktG liegt im Schutz der Aktionäre.

In jüngster Zeit hat nun Martens (33k), ebenfalls unter Bejahung des eben aufgezeigten Normzweckes des § 92 I AktG, eine weitere Aufgliederung des Begriffes "Aktionär" vorgenommen, wobei er zwischen dem Schutzobjekt Aktionär als Gesellschafter einerseits sowie Aktionär als Marktteilnehmer andererseits unterscheidet. Bevor jedoch diese Ansicht näher untersucht werden kann, drängt sich die Frage auf, ob ein Aktionär einer Aktiengesellschaft überhaupt Gesellschafter dieses Unternehmens ist oder als solcher bezeichnet werden kann:

Nach heute wohl herrschender Meinung ist die Aktiengesellschaft, entgegen dem irreführenden Wortlaut keine Gesellschaft im Sinne des BGB, sondern ein Verein (33l). Aktionäre einer Aktiengesellschaft sind demnach zunächst einmal Mitglieder und nicht Gesellschafter. Allerdings dürfte der Unterschied zwischen Mitglied und Gesellschafter bei der Aktiengesellschaft zumindest in dem hier interessierenden Zusammenhang sehr gering sein.

33k) Martens a.a.O., S. 265

33l) Eckardt in: Gessler-Hefermehl-Eckardt-Kropff, a.a.O. § 1, Rn 50

Hueck, S. 116

Kraft in Kölner Kommentar zum AktG, § 1, Rn 3-5

Baumbach-Hueck, AktG, § 1, Rn 3

Schmidt-Meyer-Landrut in Grosskommentar AktG, 2. Aufl., Anm. 3 zu § 1 AktG

a.A.: Schlegelberger-Quassowski a.a.O., Anm. 2 zu § 1 AktG

Auch in der Literatur wird diese Trennung manchmal nicht vollzogen (33m). Insbesondere bei Aktiengesellschaften mit einem oder wenigen Grossaktionären dürfte wohl das Mitglied "Grossaktionär" die Stellung eines Mitgliedschafters innehaben. Da jedoch diese Problematik nur ganz am Rande im angeschnittenen Themenkreis von Interesse ist, soll sie hier nicht weiter vertieft werden. Die Bezeichnung des Aktionärs als "Gesellschaftsmitglied" dürfte zumindest an dieser Stelle unschädlich sein.

Martens unterscheidet nunmehr hinsichtlich der Schutzfunktion des § 92 I AktG weiter dahingehend, dass er einerseits eine Schutzfunktion zugunsten der Gesellschaft bejaht, andererseits auch eine Schutzfunktion zugunsten der Aktionäre annimmt, wobei er noch weitere Differenzierungen der eben aufgezeigten möglichen Aktionärsstellungen vornimmt (33n).

Dieser Auffassung kann allerdings nicht zugestimmt werden. Vielmehr erzielt die Vorschrift bereits dann eine gesellschaftsschützende Wirkung, wenn man sich der Anschauung anschliesst, dass unter Aktionären in diesem Sinne "Gesellschaftsmitglieder" und nicht "Marktteilnehmer" zu verstehen sind:

33m) Siehe z. B. Lutter in Kölner Kommentar zum AktG, Vorb § 54, Rn 5, der hier Aktionäre als "Mitgeschafter" bezeichnet.

33n) Martens a.a.O., S. 260

Zutreffend wird in der Literatur die Ansicht vertreten, dass die Stellung des Aktionärs als Gesellschaftsmitglied nicht mit der eines Gesellschafters einer GmbH verglichen werden kann (34). Der stark personalistisch konzipierten Rechtstellung eines GmbH-Gesellschafters steht die Stellung des im kollektivistischen Gefüge der Aktiengesellschaft verankerten Aktionärs gegenüber. In seiner Stellung als Gesellschaftsmitglied ist der Aktionär durch die Verlustanzeige angesprochen, in der Hauptversammlung durch notwendige Entscheidungen entweder für den Fortbestand des Unternehmens Sorge zu tragen oder - falls dies wirtschaftlich nicht mehr möglich oder sinnvoll erscheint - die notwendigen Beschlüsse zur Liquidation oder sonstigen Auflösung der Gesellschaft zu fassen. Sein so gestaltetes Tätigwerden dient sowohl seinem eigenen Interesse als "Mitgesellschafter" als auch dem der von ihm mitgetragenen Gesellschaft.

Ein Aktionär, Spekulant und Marktteilnehmer, wird auf eine Verlustanzeige wie folgt reagieren:

34) Martens a.a.O., S. 259, Fussnote 11 mit weiteren Nachweisen.

Er wird sich, ohne Rücksicht auf die Gesellschaft, unter Umständen die Frage stellen, ob es nicht sinnvoller ist, möglichst rasch seine Aktien auf dem freien Markt zu verkaufen. Denn es ist evident, dass sobald die Tatsachen an die Öffentlichkeit gelangen, die den Verlust der Gesellschaft verursacht haben, der Börsenkurs seiner Aktien fallen dürfte. Schon allein eine Verlustanzeige gemäss § 92 I AktG wird neben anderen Reaktionen automatisch zur Folge haben, dass auch der Börsenkurs der Aktie des betreffenden Unternehmens von dieser negativen Entwicklung nicht unberührt bleiben wird.

Es darf aber nicht übersehen werden, dass diese Reaktion zwangsläufig und unvermeidbar ist und unabhängig vom Schutzzweck der Norm eintritt. Wenn durch § 92 I AktG auch der Aktionär als Marktteilnehmer angesprochen werden sollte, würde die Norm darauf abzielen, den Aktionär zu einem möglichen Verkauf anzuregen. Dies kann jedoch nicht Normzweck des § 92 I AktG sein (35).

35) So auch Martens a.a.O., S. 271, der die Ansicht vertritt, dass die "Aktionäre sie (= die Verlustanzeige, Anm. des Verfassers) vielmehr nicht als persönliche Mahnung auffassen dürfen, ihr Engagement auf dem Aktienmarkt zu überprüfen und gegebenenfalls durch Verkauf und anderweitigen Zukauf zu korrigieren".

Sinn und Zweck des § 92 I AktG würden in ihr Gegenteil verkehrt werden, wenn die kaum vermeidbare Situation, dass die Gesellschaft von ihren Gesellschaftsmitgliedern als Folge des Verlustes im Stich gelassen wird und u. U. eine allgemeine Paniksituation entsteht, auch noch geradezu zum Normzweck erhoben würde. Dass durch diese Betrachtungsweise eine mögliche Sanierung eher erschwert als erleichtert wird, steht ebenfalls im Gegensatz zum primären Normzweck.

Nach alledem muss als Normzweck des § 92 I AktG einzig und allein der Schutz der Aktionäre als Gesellschaftsmitglieder angenommen werden. Neben dieser Funktion ist kein Raum für einen sonstigen Normzweck, andernfalls würde der eigentliche Sinn der Vorschrift unterlaufen.

b. Sonstige Schutzzwecke

Neben dem Aktionärsschutz als Normzweck des § 92 I AktG könnte noch an den Schutz der Gesellschaftsgläubiger bzw. an den Schutz der Allgemeinheit gedacht werden.

Diese früher vereinzelt vertretene Ansicht (36) wird heute jedoch nicht mehr aufrechterhalten. Es besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass § 92 I AktG einzig und allein dem Schutz der Aktionäre in ihrer Eigenschaft als Gesellschaftsmitglieder dient, während § 92 II AktG als eine Vorschrift mit Schutzfunktion für die Gläubiger der Gesellschaft und unter Umständen sogar für sonstige Dritte angesehen wird (37).

Bei Verlust der Hälfte des Grundkapitals erscheint auch eine Informierung der Gläubiger noch nicht durch deren schutzwürdige Interessen geboten. Im übrigen kann die Vorschrift des § 92 I AktG nur begrenzt Schutzcharakter zugunsten der Aktionäre und der Gläubiger beinhalten, da diese beiden Schutzzwecke nicht immer zu vereinen sind. Der Aktionär ist primär an der Erhaltung und Sanierung der Gesellschaft interessiert, der Klein- und Durchschnittsgläubiger wird bestrebt sein, die in seinen Augen möglicherweise gefährdete Forderung schnellstens zu realisieren. Das hieraus resultierende Ergebnis liegt auf der Hand: verunsicherte Gläubiger erschweren die Sanierung des Unternehmens oder lassen diese unmöglich werden.

36) Hahn, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, 1. Band, 3. Aufl., Anm. zu Art. 240 ADHGB

37) Siehe 32) - 33j) und die dort angegebenen Quellen.

Neben dem bereits festgestellten Aktionärs-
schutz können § 92 I AktG keine weiteren Norm-
zwecke zugrundegelegt werden.

2. Schutzgesetz im Sinne von § 823 II BGB

Über den Normzweck des § 92 I Akt G - den Schutz
des Aktionärs - dürfte auf Grund der vorstehenden
Ausführungen Klarheit herrschen. Der gewollte
bzw. interpretierte Normzweck allein gewährleistet
jedoch noch nicht seine Realisierung. Diese könnte
wohl nur erreicht werden, wenn der Norm ein ge-
eignetes Instrumentarium zur Seite gestellt wird,
durch welches sichergestellt ist, dass bei Ver-
letzung der Norm gegen den Verletzer vorgegangen
werden kann. Naheliegend ist daher die Frage, ob
§ 92 I AktG als Schutzgesetz im Sinne von § 823 II
BGB angesehen werden kann.

a. Zugunsten der Aktionäre

Die überwiegende Meinung in der Literatur ist
der Ansicht, dass § 92 I AktG Schutzgesetz im
Sinne von § 823 II BGB zugunsten der Aktionäre
ist (38):

38) Hirtz, S. 2

Godin-Wilhelmi, Anm. 1 zu § 92 AktG
Meyer-Landrut in Grosskommentar AktG, 3. Aufl.,
Anm. 3 zu § 92 AktG
Hefermehl in: Gessler-Hefermehl-Eckardt-Kropff,
§ 92, Rn 11

Baumbach-Hueck lassen ihre disbezügliche Ansicht aus ihren Anmerkungen zu § 401 AktG erkennen, aus denen der von ihnen angenommene Schutzgesetzcharakter herausgelesen werden kann (39).

Die gegenteilige Ansicht hat allerdings Brodman vertreten (40). Er begründete seine divergierende Auffassung damit, dass es sich bei § 240 HGB um eine "Vorschrift von allgemeiner rechtspolizeilicher Tendenz" handeln würde. Eine derartige Vorschrift rechtfertige keinen Schutzgesetzcharakter im Sinne von § 823 II BGB. Hierbei stützt er seine Ansicht auf eine Entscheidung des Reichsgerichts (41):

In dieser Entscheidung aus dem Jahr 1910 hat das Reichsgericht zu § 64 GmbHG in seiner alten Fassung, der Parallelvorschrift zu § 92 II AktG für das Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die Ansicht vertreten, dass § 64 GmbHG kein Schutzgesetz im Sinne von § 823 II BGB sei, da "die zivilrechtliche Folge der Pflichtverletzung der Geschäftsführer . . . in § 64 II GmbHG geregelt sei und diese Regelung überflüssig gewesen wäre, wenn schon ohnehin die Vorschrift des § 823 II BGB Platz zu greifen hätte" (41a).

39) Baumbach-Hueck, AktG, § 401, Rn 2

40) Brodman, Anm. 1b zu § 240 HGB

41) RGZ 73, 35

41a) RG a.a.O.

Abgesehen davon, dass die Begründung des Reichsgerichts nicht zu überzeugen vermag, da § 64 II GmbHG und § 823 II BGB i.V.m. § 64 I GmbHG verschiedene Anspruchsteller haben können, kann jedoch diese Entscheidung des Reichsgerichts allenfalls sinngemäss auf § 92 II AktG angewandt werden. Die zu § 92 I AktG korrespondierende Vorschrift des § 49 III GmbHG ist jedoch vom Reichsgericht in der hier erläuterten Entscheidung nicht angesprochen worden.

Die von Brodman zitierte Entscheidung vermag daher vielleicht seine im Hinblick auf § 240 II HGB abweichende Ansicht zu begründen; zu § 240 I HGB enthält sie jedoch keine nennenswerte Aussage. Der Ansicht von Brodman kann deshalb nicht zugestimmt werden.

In neuerer Zeit hat sich Mertens ganz entschieden gegen die Schutzgesetzfunktion des § 92 I AktG gewandt (42). Hierbei stellt er offensichtlich allein auf den von Martens (42a) geprägten Begriff des Aktionärs als Marktteilnehmer ab, der durch die Vorschrift des § 92 I AktG nicht geschützt werden soll. Dass der Aktionär gleichzeitig auch Gesellschaftsmitglied ist, lässt er unberücksichtigt. Daneben sieht er als Grund für die Anzeigeverpflichtung die sogenannte "Voraushaftungsfunktion des Eigenkapitals" an.

42) Mertens in Kölner Kommentar zum AktG, § 92, Rn 34
42a) Martens, a.a.O., S. 265

Dieser Ansicht von Mertens kann ebenfalls nicht zugestimmt werden. Sie geht von einem zu stark verengten Ansatzpunkt - Betrachtung des Aktionärs lediglich als Marktteilnehmer - aus und kommt dann zu einem aus dieser Sicht zwar folgerichtigen Ergebnis, das aber gerade deshalb nicht befriedigen kann, wenn man mit der ganz h.M. auf das Mitgliedsinteresse der Aktionäre abstellt.

Darüberhinaus sollte auch folgendes nicht unbeachtet bleiben: § 401 I Ziffer 1 AktG ahndet die Verletzung des § 92 I AktG durch den säumigen Vorstand. Es wäre daher unlogisch und systemwidrig, auf der einen Seite die Verletzung einer im Aktienrecht normierten Pflicht strafrechtlich zu sanktionieren, auf der anderen Seite jedoch der die Pflicht begründenden Norm schutzrechtlichen Charakter zugunsten des Verletzten - und das wäre der Aktionär ja auch, wenn er hier nur als Marktteilnehmer betroffen wäre - abzusprechen. Nur die Wechselwirkung und Verzahnung dieser beiden Vorschriften vermag einen essentiellen Schutz des Aktionärs zu gewährleisten. Daher ist § 92 I AktG Schutzgesetz im Sinne von § 823 II BGB zugunsten der Aktionäre der betroffenen Gesellschaft.

b. Zugunsten sonstiger Dritter

Es ist unstreitig, dass § 92 I AktG kein Schutzgesetz im Sinne von § 823 II BGB zugunsten von Gläubigern der Gesellschaft oder sonstigen Dritten ist (43). Ein derartiger Schutzgesetzcharakter wäre - wie vorstehend bereits aufgezeigt wurde - mit dem festgestellten Normzweck der Vorschrift unvereinbar, da § 92 I AktG eben gerade nicht die Gläubiger der Gesellschaft bzw. sonstige Dritte schützen will.

3. Ergebnis

Zusammenfassend kann festgehalten werden:

- Der Normzweck des § 92 I AktG bezweckt den Schutz der Aktionäre einer Gesellschaft, die zunächst einmal die Hälfte des Grundkapitals verloren hat. Hierbei wird der Aktionär in seiner Eigenschaft als Gesellschaftsmitglied angesprochen; seine mögliche Rolle als Marktteilnehmer erscheint nicht schutzwürdig.

43) So die allgemeine Ansicht: Mertens in Kölner Kommentar zum AktG, § 92, Rn 34

Godin-Wilhelmi, Anm. 1 zu § 92 AktG.

Meyer-Landrut in: Grosskommentar AktG, 3. Aufl. Anm. 3 zu § 92 AktG.

Hefermehl in: Gessler-Hefermehl-Eckardt-Kropff, § 92, Rn 11

Zur Verwirklichung des Normzwecks ist § 92 I AktG ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 II BGB zugunsten der Aktionäre in ihrer vorstehend bezeichneten Eigenschaft. Für Gläubiger der Gesellschaft oder sonstige Dritte ist § 92 I AktG nicht einschlägig.

IV. Der Tatbestand des § 92 I AktG

1. Anzeigepflicht

Nach der Untersuchung und Überprüfung des Normzwecks und möglicher Schutzgesetzeigenschaften des § 92 I AktG, soll nunmehr der Wortlaut der Vorschrift selbst näher untersucht werden.

a. Bei Aufstellung der Jahresbilanz bzw. einer Zwischenbilanz

Im Gegensatz zur Vorschrift des Art. 240 I ADHGB, nach der eine Anzeigepflicht erst dann vorgeschrieben war, wenn sich ein Verlust aus der Bilanz ergeben hatte, hält § 92 I AktG, genauso wie § 240 I HGB und § 83 I AktG 1937 nunmehr fest, dass die Anzeigeverpflichtung des Vorstandes bereits dann gegeben ist, wenn sich der Verlust in Höhe der Hälfte des Grundkapitals bei Aufstellung der Jahresbilanz bzw. einer Zwischenbilanz ergibt.

Unter "Jahresbilanz" ist hierbei eine Bilanz zu verstehen, die entsprechend den Grundsätzen der §§ 151 ff. AktG aufgestellt worden ist (44).

Für eine Zwischenbilanz im Sinne dieser Vorschrift ist eine Gegenüberstellung der Aktiven und Passiven, aus welcher die augenblickliche Vermögenslage der Gesellschaft zu erkennen ist, ausreichend, wobei irgendeine äussere Form für die Zwischenbilanz nicht erforderlich ist. Das hat bereits das Reichsgericht in einer Entscheidung im Jahre 1910 vertreten (45). Hierbei war es der Ansicht, dass es für eine Zwischenbilanz im Sinne von § 64 I GmbHG auf die äussere Form nicht ankomme. Entscheidend sei vielmehr, dass auf Grund dieser "Bilanz" - unabhängig von ihrer äusserlichen Form - eine Überschuldung tatsächlich erkennbar sei. Darüber hinaus wollte das Reichsgericht diese Grundsätze auch auf § 240 I HGB angewandt wissen.

44) An dieser Stelle kann zunächst noch dahingestellt bleiben, ob das Wort "Jahresbilanz" hier nur beispielhaft aufgeführt worden ist oder nicht. Auf jeden Fall haben für eine Jahresbilanz immer die Grundsätze der §§ 151 ff. AktG zu gelten.

45) RGSt 44, 49, 50.

In einer späteren Entscheidung hat das Reichsgericht (45a) diese Ansicht, unter Bezugnahme auf die vorstehend zitierte Entscheidung, für § 64 I GmbHG erneut bestätigt, wobei - insbesondere auf Grund der ausdrücklichen Bezugnahme auf die frühere Entscheidung des Reichsgerichts - die dort aufgestellten Grundzüge für § 92 I AktG wohl entsprechend herangezogen werden können.

Der Meinung des Reichsgerichts ist in vollem Umfang beizutreten: Entscheidend muss die Möglichkeit der Erkennbarkeit des eingetretenen Verlustes von mindestens der Hälfte des Grundkapitals sein. Ob dies auf Grund einer nur überschlägigen Gegenüberstellung von Aktiven und Passiven oder einer formell nicht zu beanstandenen (Zwischen-) Bilanz geschieht, ist letztlich unbeachtlich. Einzig und allein die Erkennbarkeit des eingetretenen Verlustes ist von Bedeutung.

b. Nach pflichtgemäßem Ermessen

Nach dem bis zum Jahre 1937 geltenden Recht konnte sich der Vorstand seiner Anzeigepflichtung entziehen, in dem er die Erstellung

45a) RGZ 80, 109.

von Jahresbilanzen verzögerte bzw. die Erstellung von Zwischenbilanzen gänzlich unterliess (46). Mit der Kodifizierung des Aktiengesetzes im Jahre 1937 wurde diese Umgehungsmöglichkeit beseitigt. Durch die Aufnahme der Worte:

"... ist bei pflichtgemässen Ermessen anzunehmen..."

ist die ehemals praktizierte Umgehung nun nicht mehr möglich.

Verständlicherweise kann die Auslegung dieses Ermessensbegriffes zu differenzierten Ergebnissen führen. Ausgangstatbestand hierzu ist die noch unbestrittene Aufmerksamkeitsverpflichtung des Vorstandes (47). Sodann bieten sich verschiedene Möglichkeiten an:

- Bejaht der Vorstand die Möglichkeit des Vorliegens eines entsprechenden Verlustes, muss er sich unter Umständen durch Aufstellung einer Zwischenbilanz Klarheit verschaffen. Ist dagegen nach seinem pflichtgemässen Ermessen der Verlust so gut wie erwiesen, so darf die notwendige Anzeige nicht durch eine zwischenzeitlich noch anzufertigende Zwischenbilanz verzögert werden (48).

46) Siehe 2. Kapitel I 3. S. 7.

47) Teichmann-Köhler, a.a.O., Anm. 1a zu § 83 I AktG 1937

48) Schmidt, Meyer-Landrut in: Grosskommentar AktG 2. Aufl., Anm. 2 zu § 83 I AktG 1937

- Hält der Vorstand den Eintritt des Verlustes für wahrscheinlich, muss sofort eine Hauptversammlung einberufen werden, ohne die Aufstellung einer (Zwischen-)Bilanz abzuwarten. Erscheint ihm die Situation der Gesellschaft in Bezug auf einen Verlust von mindestens der Hälfte des Grundkapitals lediglich bedenklich, so ist er auf Grund seiner Überwachungsverpflichtung zumindest verpflichtet, sich - notfalls durch Aufstellung einer Zwischenbilanz - Gewissheit zu verschaffen (49).

- Unter Bejahung dieser Grundsätze wird noch weiter differenziert (50): bei einer im Sinne des Vorstandes bedenklichen Situation soll bei kleineren Unternehmen zunächst die erforderliche Gewissheit durch Aufstellung einer Zwischenbilanz herbeigeführt werden; bei grösseren und Grossunternehmen soll jedoch sofort die Hauptversammlung einberufen werden, da die Erstellung einer Zwischenbilanz, die bei diesen Unternehmen einen erheblichen Zeitraum beansprucht, nicht mehr abgewartet werden kann.

Eine solche Differenzierung erscheint problematisch, da in beiden Fällen die Gefahr für das Schutzobjekt Aktionär von gleicher Wichtigkeit ist. Im übrigen darf die Gefahr eines "Fehlalarmes" mit all seinen Folgen nicht übersehen werden, wenn ein grosses Unternehmen bereits

49) Baumbach-Hueck, AktG, § 92, Rn 4

50) Godin-Wilhelmi, Anm. 5 zu § 92 AktG.

durch eine "bedenkliche Situation" zur sofortigen Einberufung der Hauptversammlung verpflichtet ist.

- Entschliesst sich der Vorstand, von der Einberufung einer ausserordentlichen Hauptversammlung Abstand zu nehmen und zunächst eine Zwischenbilanz erstellen zu lassen, kann noch an eine Verpflichtung zur unverzüglichen Information des Aufsichtsrates gemäss § 90 I 2 AktG gedacht werden (51).

Diese eben aufgezeigten Möglichkeiten der Interpretation der Verpflichtung des Vorstandes werden in der Literatur erörtert. Im übrigen muss jedoch noch folgendes berücksichtigt werden: Der Vorstand hat auf Grund seiner allgemeinen Sorgfaltspflicht kontinuierlich und ununterbrochen die finanzielle Entwicklung des von ihm geleiteten Unternehmens zu beobachten und fortwährend zu prüfen, ob nicht unter Umständen ein Verlust in Höhe der Hälfte des Grundkapitals eingetreten ist. Diese Verpflichtung des Vorstandes zur Überwachung und Überprüfung der finanziellen Lage des Unternehmens hat in dem Umfang zu erfolgen, der von ihm auf Grund seiner Stellung und Dienstverpflichtung erwartet werden kann. Hierzu dürfte es ausreichend sein, wenn er "die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters" angewendet hat (52).

51) Mertens in Kölner Kommentar zum AktG, § 92, Rn 4

52) § 93 I 1 AktG; interessanterweise wird eine gleichlautende Formulierung auch in § 92 II 3 AktG verwendet.

Die Differenzierung zwischen "wahrscheinlich" und "bedenklich" bzw. "möglich" ist jedoch nur noch sekundär als zusätzliches Kriterium einer eventuellen Anzeigeverpflichtung heranzuziehen: In den letzten Jahren haben sich durch konzentrierten Einsatz modernster EDV-Anlagen die Buchhaltungsmöglichkeiten stark verbessert und verfeinert. Unter Voraussetzung einer ordnungsgemäßen Buchung können heute Tages-, Wochen- und Monatsabschlüsse in kürzester Zeit erstellt werden, die bei Anwendung manueller Buchhaltungsmethoden langwierig und daher wegen ihrer Unaktualität nur beschränkt tauglich waren. Jedes bedeutendere Unternehmen hat sich die Vorteile der EDV zu Nutzen gemacht und ist daher zumindest monatlich über den Geschäftsverlauf informiert. Die monatliche Übersicht lässt unzweideutig erkennen, ob und in welcher Höhe Verluste eingetreten sind. Lediglich für Grenzfälle sowie bei Klein- und Kleinstunternehmen, die nicht über die Möglichkeit einer elektronischen Datenverarbeitung verfügen, sollte auf die zusätzlichen Abgrenzungskriterien zurückgegriffen werden.

c. Unverzüglich

Ist der Vorstand einer Aktiengesellschaft zu der Ansicht gekommen, dass ein Verlust in Höhe der Hälfte des Grundkapitals eingetreten bzw. höchstwahrscheinlich ist, somit also die Hauptversammlung einzuberufen ist, so muss der Vorstand

dieser Verpflichtung "unverzüglich" nachkommen. Dabei besteht Einigkeit darüber, dass "unverzüglich" im Sinne der Legaldefinition des § 121 BGB zu interpretieren ist, der Vorstand also "ohne schuldhaftes Zögern" die Hauptversammlung einzuberufen hat (53).

Dabei sollte aber nicht übersehen werden, dass hierunter sicherlich nicht eine sofortige Einberufungs- und Anzeigepflicht des Vorstandes zu verstehen ist. Dass "unverzüglich" nicht gleichbedeutend mit "sofort" ist, hat auch bereits das Reichsgericht (54) festgestellt. Vielmehr sollte dem Vorstand eine gewisse Überlegungsfrist eingeräumt werden, um alle möglichen Massnahmen überdenken zu können, da voreilige oder überstürzte Handlungen i. d. R. weder den Aktionären noch der Gesellschaft zum Vorteil gereichen. Die Dauer der Überlegungsfrist bemisst sich nach § 93 I AktG

Im Rahmen seiner Verpflichtung zur Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters darf der Vorstand weder überstürzt handeln noch eine unnötige Verzögerung herbeiführen.

53) Baumbach-Hueck, AktG, § 92, Rn 3
Staub, a. a. O., Anm. 7 zu § 240 HGB
Meyer-Landrut in: Grosskommentar AktG, 3. Aufl., Anm. 4 zu § 92 AktG
Hefermehl in: Gessler-Hefermehl-Eckardt-Kropff, § 92, Rn 7
Schmidt-Meyer-Landrut in: Grosskommentar AktG, 2. Aufl., Anm. 5 zu § 83 AktG 1937
Mertens in Kölner Kommentar zum AktG, § 92, Rn 4
Ritter, Anm. 2 b zu § 83 AktG 1937

54) RGZ 124, 118 zu § 121 BGB.

d. Ausnahme von der Verpflichtung

§ 92 I AktG ist zwingendes Recht und satzungsmässig nicht abänderbar (55). Daher ist dem Vorstand zunächst, bei Bejahung der Tatbestandsvoraussetzungen der Vorschrift, die Verpflichtung zur Einberufung einer Hauptversammlung und der in dieser zu erstattenden Verlustanzeige zwingend vorgeschrieben.

Eine eng begrenzte Ausnahme von diesem Grundsatz könnte jedoch für folgenden Sachverhalt denkbar sein:

Erkennt der Vorstand, dass die Hälfte des Grundkapitals verloren ist, sieht er jedoch gleichzeitig eine andere Möglichkeit, den Verlust zu beheben - sei es durch Forderungsverzicht von Gläubigern oder auf sonstige Art - und müsste er dennoch die Hauptversammlung einberufen und ihr hiervon Anzeige machen, so kann dies nicht im Interesse der Aktionäre liegen und steht somit nicht im Einklang mit dem Normzweck der Vorschrift. Erfahrungstatsache ist, dass eine Anzeige an die Hauptversammlung in der Öffentlichkeit begreiflicherweise Unruhe auslöst.

55) Baumbach-Hueck, AktG, § 92, Rn 2
Mertens in Kölner Kommentar zum AktG, § 92, Rn 2
Meyer-Landrut in: Grosskommentar AktG, 3. Aufl.,
Einleitung zu § 92 AktG
Godin-Wilhelmi: Anm. 6 zu § 92 AktG
Hefermehl in: Gessler-Hefermehl-Eckardt-Kropff,
§ 92 Rn 2

Wenn der Vorstand daher - trotz tatbestandsmässiger Bejahung der Vorschrift des § 92 I AktG - eine effektive Möglichkeit sieht, von sich aus den Verlust ganz oder teilweise auszugleichen, so muss er von der Verpflichtung zur Anzeige an die Hauptversammlung freigestellt werden. Eine andere Lösung ist wirtschaftlich nicht zu vertreten und widerspricht dem Normzweck des § 92 I AktG, da die unnötigerweise herbeigeführte Verunsicherung für die Interessen der Aktionäre eher nachteilige Auswirkungen - Unruhe der Gläubiger, Kursreaktionen etc. - haben wird.

Auch Hefermehl (56) und Godin-Wilhelmi (56a) wollen es dem Vorstand gestatten, von der Verlustanzeige gegenüber der Hauptversammlung zunächst Abstand zu nehmen, falls er in der Lage ist, aus eigener Kraft den eingetretenen Verlust erfolgreich und rasch beheben zu können.

Für den vorstehend aufgezeigten besonderen Fall wird daher eine Freistellung des Vorstandes von seiner Verpflichtung aus § 92 I AktG befürwortet. Allerdings sollte vor den Sanierungsversuchen der Vorstand den Aufsichtsrat von seinen Absichten in Kenntnis setzen. Abgesehen von dieser eng begrenzten Ausnahme besteht ansonsten die unbedingte Verpflichtung des Vorstandes einer Aktiengesellschaft, seinen Obliegenheiten aus § 92 I AktG nachzukommen.

56) Hefermehl in: Gessler-Hefermehl-Eckardt-Kropff, § 92, Rn 7

56a) Godin-Wilhelmi, Anm. 5 zu § 92 AktG.

2. Einberufungs- bzw. Anzeigepflichtiger

a. Vorstand

Zur Anzeige verpflichtet ist zunächst nach dem Wortlaut des Gesetzes der Vorstand. Unter Vorstand im Sinne dieser Bestimmung ist der Gesamtvorstand zu verstehen, § 77 I 1 AktG. Anzuzeigen hat der Vorstand als solcher, also die zur Vertretung der Gesellschaft satzungsgemäss bestimmten Mitglieder des Vorstandes (57).

§ 77 I 1 AktG normiert den aktienrechtlichen Grundsatz der Gesamtgeschäftsführung für einen aus mehreren Personen bestehenden Vorstand einer Aktiengesellschaft. Dies hat zur Folge, dass grundsätzlich die Entscheidungen des Vorstandes einstimmig zu erfolgen haben. Da diese Regelung, besonders bei einer grösseren Anzahl von Vorstandsmitgliedern unpraktisch und umständlich ist, möglicherweise z.B. bei Krankheit, längerer Abwesenheit eines Vorstandsmitgliedes etc., sogar zu einer Blockierung der Geschäfte der Aktiengesellschaft führen könnte, hat der Gesetzgeber in § 77 I 2 AktG hiervon abweichende Regelungen zugelassen, die jedoch in der Satzung bzw. in der Geschäftsordnung des Vorstandes enthalten sein müssen. In der Praxis haben die meisten Gesellschaften hiervon Gebrauch gemacht und das der Gesamtgeschäftsführung zugrundeliegende Einstimmigkeitsprinzip durch das im Kollegialsystem gebräuchliche Mehrheitsrecht ersetzt.

57) Ritter, Anm. 2b zu § 83 AktG 1937.

Als einzige gesetzliche Ausnahme von dem in § 77 I 1 AktG verankerten Grundsatz der Gesamtgeschäftsführung sieht § 121 II 1 AktG vor, dass über die Einberufung einer Hauptversammlung der Vorstand mit einfacher Mehrheit zu beschliessen hat. Dies gilt für alle durch den Vorstand einzuberufenden Hauptversammlungen, § 121 I AktG i. V. m. § 121 II 1 AktG, also auch für die Verpflichtung des Vorstandes aus § 92 I AktG (58).

Spricht sich nun der Vorstand durch Mehrheitsbeschluss aus, die Einberufung einer Hauptversammlung zu unterlassen, obwohl die tatbestandsmässigen Voraussetzungen des § 92 I AktG erfüllt sind, so ist es fraglich, ob das einzelne überstimmte Vorstandsmitglied dennoch versuchen muss, die Einberufung einer Hauptversammlung herbeizuführen oder ob es mit dem die Einberufung der Hauptversammlung ablehnenden Mehrheitsbeschluss des Vorstandes sein Bewenden haben soll.

Ein überstimmtes Vorstandsmitglied könnte sich auf den Standpunkt stellen, es sei aus seiner Verantwortung entlassen, weil es seine abweichende Meinung klar und nachdrücklich zum Ausdruck gebracht habe. Eine derartige Betrachtungsweise würde aber wohl der Bedeutung der Angelegenheit

58) Eckardt in: Gessler-Hefermehl-Eckardt-Kropff,
§ 121, Rn 13

a. A. Meyer-Landrut in: Grosskommentar AktG, 3. Aufl., Anm. 1 zu § 92 I AktG, der unverständlicherweise davon ausgeht, dass bei § 92 I AktG der notwendige Einberufungsbeschluss bei Fehlen besonderer Regeln in der Geschäftsordnung einstimmig zu erfolgen habe. Diese Ansicht übersieht jedoch § 121 II 1 AktG.

nicht gerecht, denn wenn nach seiner Auffassung ein Verlust in Höhe der Hälfte des Grundkapitals entstanden ist, beweist dies, dass die finanzielle Lage des Unternehmens äusserst kritisch und möglicherweise der Bestand des Unternehmens gefährdet sein kann. Daraus sollte der Schluss gezogen werden, dass auch ein Vorstandsmitglied, das sich in der Minderheit befindet, sich dieser Verpflichtung nicht entziehen kann und Alarm schlagen muss. In diesem Zusammenhang spielt auch die Erwägung eine Rolle, dass es im eigenen Interesse und um sich abzusichern, sich hierzu veranlasst sehen sollte, um zu verhindern, dass es unter Umständen einer strafrechtlichen Verfolgung oder zivilrechtlichen Regressansprüchen ausgesetzt wird. Ein überstimmtes Vorstandsmitglied muss somit trotzdem versuchen, die Einberufung einer Hauptversammlung herbeizuführen, falls die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 92 I AktG erfüllt sind (59.)

59) Mertens in Kölner Kommentar zum AktG, § 92, Rn 6 sowie Ritter, a.a.O., Anm. 2b zu § 83 AktG 1937 kommen zum selben Ergebnis.

Hierbei kommt zunächst nur eine Verpflichtung des Vorstandes zur unverzüglichen Informierung des Aufsichtsrates in Frage. In der Regel wird dann der Aufsichtsrat gemäss § 111 III AktG eine Hauptversammlung einberufen (59a). Falls er dies unterlässt, so muss man dieses Vorstandsmitglied allerdings als entlastet ansehen, da die ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten nunmehr erschöpft sind. Denn grundsätzlich ist ein einzelnes Mitglied eines mehrköpfigen Vorstandes gesetzlich - § 121 II 1 AktG - nicht befugt, eine Hauptversammlung einzuberufen (59b).

Anders wäre dies nur, wenn die Satzung ausdrücklich die Einberufung einer Hauptversammlung durch ein einzelnes Vorstandsmitglied zulassen würde. In diesem, in der Praxis seltenen Fall, müsste auch ein überstimmtes Vorstandsmitglied die Einberufung einer Hauptversammlung herbeiführen.

Diese Grundsätze gelten gemäss § 94 AktG entsprechend für stellvertretende Vorstandsmitglieder (60).

-
- 59a) Mertens in Kölner Kommentar zum AktG, § 92, Rn 6
Eckardt in: Gessler-Hefermehl-Eckardt-Kropff,
§ 121, Rn 22
Meyer-Landrut in: Grosskommentar AktG, 3. Aufl.,
Anm. 1 zu § 92 AktG.
- 59b) Eckardt in: Gessler-Hefermehl-Eckardt-Kropff,
§ 121, Rn 22
Baumbach-Hueck, AktG, § 121, Rn 5
Zöllner in Kölner Kommentar zum AktG, § 121, Rn 17
Barz in Grosskommentar AktG, § 121, Anm. 7
Godin-Wilhelmi: § 121, Anm. 5
- 60) Meyer-Landrut in: Grosskommentar AktG, 3. Aufl.
Anm. 1 zu § 92 AktG.

Ist eine Person als Vorstandsmitglied für eine Aktiengesellschaft tätig, ohne hierzu wirksam bestellt worden zu sein oder ohne gültigen Anstellungsvertrag, so wird sie unter entsprechender Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft und das fehlerhafte Arbeitsverhältnis als sogenanntes "faktisches Vorstandsmitglied" bezeichnet (61). Ob die für ordentliche und stellvertretende Vorstandsmitglieder vorstehend aufgezeigten V-rpflichtungen aus § 92 I AktG auch diese faktischen Vorstandsmitglieder treffen, ist fraglich. So dürfte eine Verpflichtung zur Einberufung einer Hauptversammlung und Verlustanzeige zumindest für solche faktischen Vorstandsmitglieder nicht zu bejahen sein, die ohne Wissen des Aufsichtsrates tätig werden bzw. überhaupt nicht vorstandsfähig sind. Anders könnte es jedoch sein, falls sie mit Wissen des Aufsichtsrates tätig werden:

Einem solchen faktischen Vorstandsmitglied obliegen auf Grund seiner tatsächlichen Handlungsweise auch die gesetzlichen Verpflichtungen eines ordentlichen Vorstandsmitgliedes (61a).

-
- 61) Siehe zu diesem Begriff: Mertens in Kölner Kommentar zum AktG, § 84, Rn 23
Baumbach-Hueck, AktG, § 84, Rn 7
- 61a) BGHZ 41, 282 ff., insbes. 287; Mertens in Kölner Kommentar zum AktG § 92, Rn 7
Hefermehl in: Gessler-Hefermehl-Eckardt-Kropff, § 92, Rn 2

Der fehlerhafte Beststellungsakt bzw. Anstellungsvertrag können es nicht von seinen Verpflichtungen entbinden, wenn es mit Billigung des ihn bestellenden Organs, dem Aufsichtsrat, weiterhin in vollem Umfang für die Gesellschaft tätig ist. Dies muss im übrigen konsequenterweise auch für die ihm zustehenden Rechte, insbesondere sein Recht auf Vergütung seiner Tätigkeit Gültigkeit haben (61b). Die Verpflichtung aus § 92 I AktG zur Einberufung einer Hauptversammlung trifft daher auch ein faktisches Vorstandsmitglied.

Schliesslich wird noch vereinzelt die Ansicht vertreten, dass die Verpflichtung aus § 92 I AktG auch von leitenden Angestellten einer Aktiengesellschaft zu erfüllen ist (62). Zur Begründung dieser Ansicht wird auf eine Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahr 1937 zurückgegriffen, in welcher der faktische Geschäftsführer einer GmbH wegen nicht ordnungsgemässer Buchführung hierfür als strafrechtlich verantwortlich angesehen wurde (62a). Abgesehen davon, dass die Entscheidung des Reichsgerichts in ihrer Begründung nicht zu überzeugen vermag, da sie ihr Ergebnis mit der Erwartung des "gesunden Volksempfindens" zu rechtfertigen versucht, ist im übrigen kein Grund ersichtlich,

61b) Baumbach-Hueck, AktG, § 84, Rn 7

62) Teichmann-Köhler, a.a.O., Anm. 3 zu § 83 AktG 1937 a.A.: Mertens in Kölner Kommentar zum AktG, § 92, Rn 7
Schmidt-Meyer-Landrut in: Grosskommentar AktG 2. Aufl., Anm. 3 zu § 83 AktG 1937

62a) RGSt 71, 112

warum diese Entscheidung gerade die Verantwortung leitender Angestellter einer Aktiengesellschaft begründen sollte. Allenfalls kann diese Entscheidung zur Bestätigung der für faktische Vorstandsmitglieder vorstehend aufgezeigten Grundzüge herangezogen werden. Daneben sollte jedoch noch folgendes berücksichtigt werden:

Durch die Bestimmung des § 89 II 1 AktG, die sich mit den Voraussetzungen, unter denen verantwortlichen Mitarbeitern Kredite von der Gesellschaft gewährt werden dürfen, befasst, hat der Gesetzgeber den umstrittenen Begriff des leitenden Angestellten für den Bereich der Aktiengesellschaft konkret ausgefüllt. § 89 AktG hatte sein Vorbild in dem früheren § 80 AktG. In der 2. Lesung des Bundestages wurde beschlossen, den Begriff des leitenden Angestellten, der im ersten Entwurf noch enthalten war, durch die Worte Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte zu ersetzen. Der Begriff der leitenden Angestellten wurde daher aus dem Aktiengesetz entfernt um Auslegungsschwierigkeiten zu vermeiden (63). Hieraus kann gefolgert werden, dass leitende Angestellte von den aktienrechtlichen Grundsätzen nicht mehr betroffen werden (64).

63) Baumbach-Hueck, AktG, § 89, Rn 1

64) Wilhelmi: Deutscher Bundestag 4. Wahlperiode, schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses über die von der Bundesregierung eingebrachten Entwürfe zum Aktiengesetz usw., Bericht des Abgeordneten Dr. Wilhelmi zur Bundestagsdrucksache IV/3296.

Auch aus diesem Grund werden daher leitende Angestellte von der Bestimmung des § 92 I AktG nicht betroffen. .

b. Aufsichtsrat

Eine direkte Verpflichtung aus § 92 I AktG trifft den Aufsichtsrat der betroffenen Gesellschaft nicht. Wie vorstehend bereits aufgezeigt, kann er jedoch zum Handeln gezwungen sein, wenn er vom Vorstand bzw. von einem einzelnen Vorstandsmitglied über die finanzielle Situation der Gesellschaft informiert wurde oder ihm die kritische Lage der Gesellschaft anderweitig bekannt wurde, nachdem er sich über deren Wahrheitsgehalt sorgfältig informiert hat. In einem solchen Fall wird der Aufsichtsrat gemäss § 111 III AktG stets gehalten sein, eine Hauptversammlung einzuberufen.

Im übrigen wird der Vorstand bei Aufdeckung eines Verlustes in Höhe der Hälfte des Grundkapitals immer verpflichtet sein, gemäss § 90 I 2 AktG hierüber den Vorsitzenden des Aufsichtsrats zu informieren. Ein Verlust des Grundkapitals in vorbezeichneter Höhe muss stets als "sonstiger wichtiger Anlass" im Sinne dieser Vorschrift angesehen werden (65).

65) Hefermehl in: Gessler-Hefermehl-Eckardt-Kropff,
§ 92, Rn 7
Baumbach-Hueck, AktG, § 90, Rn 9

c. Abschlussprüfer

Sicherlich ist es nicht Verpflichtung eines Abschlussprüfers im Sinne von § 162 AktG, den Vorstand zu einer eventuell notwendigen Anzeige gemäss § 92 I AktG anzuhalten. Jedenfalls sollte er aber den Vorstand unverzüglich darauf hinweisen, dass ein derartiger Verlust vorliegt, falls er dies im Rahmen der Abschlussprüfung feststellt (66). Falls sich der Vorstand trotzdem weigern sollte, seiner Verpflichtung nachzukommen, so hat dies der Abschlussprüfer gemäss § 166 II AktG im Prüfungsbericht festzuhalten (67). Es besteht jedoch kein Grund für den Abschlussprüfer, den Bestätigungsvermerk nicht zu erteilen, "da der Verlust der Hälfte des Grundkapitals die Ordnungsmässigkeit des Jahresabschlusses unberührt lässt"(67a).

-
- 66) Zilias in: Wirtschaftsprüferhandbuch 1968, herausgegeben vom Institut der Wirtschaftsprüfer Deutschlands e.V., S. 1246.
- 67) Zilias a.a.O., S. 1246, der dies mit einer BGH-Entscheidung aus dem Jahre 1954 (BB 1955, S. 77) begründet, auf Grund welcher § 166 II AktG bei der Reform des AktG 1965 eingeführt wurde.
- 67a) Düring: "Die Überschuldung als Konkursgrund und die Währungsumstellung" in: Die Wirtschaftsprüfung 1949, S. 194.
- a.A. Warneke: "Zur Frage der Überschuldung im Sinne des § 83 II 2 AktG (1937)" in: Der Wirtschaftsprüfer 1949, S. 35.

d. Liquidator

Einigkeit besteht wohl darüber, dass dem Liquidator die Verpflichtung aus § 92 I AktG im Stadium der Liquidation einer Gesellschaft nicht obliegt (68). Meist wird diese Feststellung jedoch ohne eingehendere Begründung getroffen. Am überzeugendsten ist noch die Ansicht, dass sich die Unanwendbarkeit des § 92 I AktG "aus dem Zwecke der Abwicklung ergibt", denn was auch immer die Hauptversammlung beschliessen könnte, die Liquidation ist bereits vorhanden (69). Hiergegen spricht auch nicht der Wortlaut des § 268 II AktG, da bei dessen Auslegung auf die besondere Rechtslage des Abwicklungszustandes abzustellen ist.

Die Unanwendbarkeit des § 92 I AktG auf die Liquidatoren einer Aktiengesellschaft dürfte auch mit Hilfe der §§ 207, 208 KO zu erklären sein. § 92 I AktG kommt daher im Liquidationsstadium einer Aktiengesellschaft nicht zur Anwendung.

68) Baumbach-Hueck, AktG, § 92, Rn 5
Mertens in Kölner Kommentar zum AktG, § 92, Rn 7
Hefermehl in: Gessler-Hefermehl-Eckardt-Kropff,
§ 92, Rn 3
Meyer-Landrut in: Grosskommentar AktG, 3. Aufl.,
Einl. zu § 92 AktG.
Godin-Wilhelmi: Anm. 6 zu § 92 AktG.

69) Ritter, Anm. 2b zu § 83 AktG 1937.

3. Verlust

Die Anzeigepflicht des Vorstandes ist für den Fall vorgesehen, dass sich ein Verlust von mindestens der Hälfte des Grundkapitals ergeben hat. Bei der Ermittlung ist davon auszugehen, dass es sich um einen Verlust der Hälfte des satzungsmässigen Grundkapitals handeln muss, da nur dies für die Beurteilung der finanziellen Situation der Gesellschaft von Bedeutung ist. Das Verhältnis des Verlustes zum eingezahlten Grundkapital ist für die Voraussetzungen der Verlustanzeige gemäss § 92 I AktG unerheblich (70).

Die Berechnung des Verlustes hat seit langer Zeit Anlass zu beachtlichen Schwierigkeiten gegeben. Die Frage der anzuwendenden Bewertungs- bzw. Bilanzierungsvorschriften ist in Lehre und Praxis heftig umstritten, ohne dass auch eine nur annähernd übereinstimmende Lösung gefunden werden konnte. Die hierzu ergangene Rechtsprechung ist in sich missverständlich und hat nicht dazu beigetragen, die bestehenden Unklarheiten zu beseitigen (71).

70) So die allgemeine Meinung

Hefermehl in: Gessler-Hefermehl-Eckardt-Kropff, § 92, Rn 5

Godin-Wilhelmi, Anm. 3 zu § 92 AktG.

Ritter, Anm. 2 zu § 83 AktG 1937.

Schlegelberger-Quassowski, a.a.O., Anm. 3 zu § 83 AktG 1937.

Staub, a.a.O., Anm. 3 zu § 240 HGB.

71) Urteil des BGH vom 9. Oktober 1958, II ZR 348/56 in BB 1958, 1181.

Siehe ferner Fn 89) und 175)

Der intensive Streit hat sich vor allem an der Frage entzündet, ob die Feststellung des Verlustes im Sinne von § 92 I AktG ausschliesslich auf Grund der für die Jahresbilanz geltenden Vorschriften der §§ 151 ff. AktG zu erfolgen hat oder ob hierfür die Grundsätze einer statusmässigen Vermögensaufstellung im Sinne einer Überschuldungsbilanz herangezogen werden sollten. Bevor diese Streitfrage untersucht werden wird, ist es unumgänglich, die zur Auswahl stehenden Bilanzierungsvorschriften bzw. Bilanzierungsmöglichkeiten näher darzulegen.

Zunächst könnte daran gedacht werden, den Verlust von mindestens der Hälfte des Grundkapitals ausschliesslich auf Grund einer nach den Grundsätzen der §§ 151 ff. AktG aufgestellten Bilanz zu berechnen. Hierbei müssten insbesondere die Vorschriften der §§ 153-156 AktG über die einzelnen Wertansätze in dieser Bilanz strengstens beachtet werden. Die Vorschriften der §§ 153-156 AktG sind zwingend; ein entgegen diesen Vorschriften erstellter Jahresabschluss kann gemäss § 256 V AktG nichtig sein. Das nachfolgende Beispiel soll die §§ 153-156 AktG näher erläutern:

Gemäss § 153 I 1 AktG sind Gegenstände des Anlagevermögens zu den Anschaffungskosten, vermindert um die nach § 154 AktG möglichen Abschreibungen in der Bilanz anzusetzen. Zum Anlagevermögen gehören u. a. auch Grundstücke, § 151 II A 1. AktG.

Ein bebautes Grundstück, welches vor 50 Jahren erworben wurde und das gemäss § 154 I AktG für die Dauer seiner zeitlichen Nutzung steuerrechtlich zulässig abgeschrieben werden darf, dürfte daher allenfalls noch mit einem sogenannten Erinnerungsposten von DM 1, -- in dieser Bilanz enthalten sein, obwohl sein wirklicher Wert zum Bilanzstichtag ungleich höher ist.

Der Unterschied zwischen dem so ermittelten Buchwert des Grundstückes und seinem Verkehrswert wird als "stille Reserve" bezeichnet. Ihre Bildung ist vielfach möglich; man denke z.B. an die sogenannten geringwertigen Wirtschaftsgüter, die gemäss § 6 II EStG im Jahre der Anschaffung voll als Aufwand abgeschrieben werden können, insbesondere Rechenmaschinen, Kleinmaschinen, Büromöbel etc. und die daher auf der Aktivseite der Bilanz, § 151 I II. A. 6 nicht enthalten sind.

Stille Reserven sind also "angesammelte Bewertungsreserven, die bei über die Anschaffungs- oder Herstellungskosten steigenden Preise automatisch entstehen oder die intern gebildet und in bestimmten Bilanzposten gebunden sind" (72).

Eine gemäss §§ 151 ff. erstellte Bilanz erfasst daher in der Regel die sogenannten stillen Reserven nicht, und ist deshalb nur begrenzt geeignet, den wahren Wert des Unternehmens aufzuzeigen.

Im Gegensatz zu einer gemäss § 151 ff. AktG aufgestellten Bilanz, hat eine sogenannte Überschuldungsbilanz grundsätzlich von den wahren Werten auszugehen (73), wobei eine solche Bilanz unstreitig der Feststellung der Überschuldung gemäss § 92 II AktG zugrundzulegen ist. Beim Ansatz der wahren Werte werden somit sämtliche stillen Reserven aufgedeckt. Hierbei kann weiter unterteilt werden in eine sogenannte Fortsetzungsbilanz, ähnlich einer Vergleichsbilanz, die davon ausgeht, dass das Unternehmen fortgesetzt wird und daher bei der Festsetzung der Zeitwerte von einer günstigeren Bewertung ausgehen kann, und einer sogenannten Liquidationsbilanz, ähnlich einer Konkursbilanz, die die endgültige Einstellung der Geschäftstätigkeit der Unternehmung zugrundelegen muss und daher auf Grund eines ungewissen Liquidationserlöses eine vorsichtige Bewertung vornehmen muss. Eine Überschuldungsbilanz geht immer von den echten Vermögenswerten aus.

73) So die allgemeine Meinung

Dahl in: GmbH-Rundschau 1964, S. 113.

Düring in: Kongressarchiv 1936 des deutschen Prüfungs- und Treuhandswesens 1937, S. 167.

Fettel in: Handwörterbuch der Betriebswirtschaft 3. Aufl., Band IV, Spalte 5464, 5465.

Hundertmark-Herms in: BB 1972, 1118.

Klebba in: Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis 1953, 699.

Knorr in: GmbH-Rundschau 1951, 118.

Kühn in: Der Betrieb 1970, S. 550.

Warneke in: Der Wirtschaftsprüfer 1949, S. 35.

Wehler in: Der Wirtschaftstreuhandler 1934, S. 448.

Hirsch in: Festschrift für Alfred Hueck, S. 308, 309.

Schürer: Der Tatbestand der Überschuldung im deutschen Insolvenzrecht, S. 56.

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass sich für die Feststellung des Verlustes gemäss § 92 I AktG mehrere Bilanzierungs- bzw. Bewertungsvorschriften anbieten:

- a. Der Verlust wird einzig auf Grund einer gemäss §§ 151 ff. AktG erstellten Bilanz bestimmt.
- b. Der Verlust wird auf Grund einer Überschuldungsbilanz festgestellt, die von den wahren Werten auszugehen hat.
- c. Der Verlust wird grundsätzlich auf Grund einer gemäss §§ 151 ff. AktG erstellten Bilanz bestimmt; eine Auflösung sämtlicher Rücklagen, auch der stillen Reserven hat jedoch zu erfolgen (74).

a. Die Anwendung der aktienrechtlichen Bewertungsvorschriften

aa) Für § 240 I HGB

Bezüglich der Anwendung der §§ 151 ff. AktG ist insbesondere die Beachtung der §§ 153-156 AktG über die Bewertungsvorschriften von besonderer Bedeutung. Bereits für § 240 HGB konnten gewichtige Argumente für die Anwendung des § 261 HGB, des Vorläufers des § 133 AktG 1937 bzw. §§ 153-156 AktG vorgebracht werden:

74) So im Ergebnis (wohl) die nachstehend besprochene Ansicht von Schmidt in Grosskommentar AktG, 1. Aufl., Anm. 1 zu § 83 AktG 1937.

Vor allem die Entstehungsgeschichte des § 240 HGB und die Absicht des Gesetzgebers sprachen für eine strenge Anwendung der aktienrechtlichen Bewertungsvorschriften. Bei den Beratungen des neuen Handelsgesetzbuches sollte zunächst in § 240 HGB ein klarstellender Zusatz aufgenommen werden, dass für die Feststellung des Verlustes die Vorschriften für die Erstellung der Jahresbilanz keine Anwendung finden sollten (76). Hiergegen wurden erhebliche Einwände vorgebracht, insbesondere in Richtung des nachstehenden Beispiels:

Eine Bergwerksgesellschaft hat Anlagen zum Erwerbspreis von DM 10.000.000, --, die abzüglich notwendiger Abschreibungen zu bilanzieren sind. Die Verkaufswerte dieser Anlagen könnten von einem Tag auf den anderen durch Bildung eines Kohlensyndikates, Kohlenstreiks in England, Scheitern der Syndikatsverhandlungen usw. in einer Bandbreite von 40-60 Prozent permanent variieren. Würden nun in eine Bilanz nach § 240 I HGB diese wahren Werte einzusetzen sein, so könnte der Vorstand heute zur Einberufung einer Hauptversammlung verpflichtet sein, 24 Stunden

76) Simon a.a.O., S. 466; Der Wortlaut der vorgesehenen Bestimmung: "Für die Feststellung, ob der Verlust die Hälfte des Grundkapitals erreicht . . . , sind die nach § 238 (HGB, Anm. des Verfassers) für die Aufnahme der Jahresbilanz geltenden Vorschriften nicht massgebend".

später dagegen diese Verpflichtung nach einer erneuten Schwankung bereits eo ipso obsolet sein (77).

Dieses Beispiel mag im Jahre 1900 seine Berechtigung gehabt haben. Im Jahre 1977 sind allerdings permanente Schwankungen innerhalb dieser Bandbreite schlechthin unvorstellbar.

Diese Argumentation führte schliesslich dazu, dass der ursprünglich geplante Zusatz in § 240 HGB nicht aufgenommen wurde. Der hieraus gezogene Umkehrschluss, die aktienrechtlichen Bewertungsvorschriften müssten bei der Feststellung des Verlustes von mehr als der Hälfte des Grundkapitals zur Anwendung kommen, erscheint vertretbar; überzeugen vermag er allerdings nicht (78). Wenn es tatsächlich die eindeutige Absicht des Gesetzgebers gewesen wäre, die Anwendung der Bilanzierungsvorschriften sicherzustellen, so wäre es naheliegender gewesen, dies durch eine Regelung mit positiver Aussage zum Ausdruck zu bringen und einen entsprechenden Hinweis in § 240 HGB aufzunehmen, so wie er für die gegenteilige Lösung ja zunächst vorgesehen war (78a).

77) Simon a.a.O., S. 467.

78) Auch Simon, a.a.O., S. 469 nimmt bereits eine kleine Einschränkung seiner diesbezüglichen Ansicht dahingehend vor, dass er für die Bewertung der "Verkaufsgegenstände" (hiermit meint er wohl das Umlaufvermögen) den Veräusserungswert und nicht den Erwerbspreis ansetzen will. Dies käme insoweit einer Auflösung der stillen Reserven gleich.

78a) So ebenfalls Düring in: Krongress Archiv 1936 des deutschen Prüfungs- und Treuhandwesens 1937, 166.

Neben dieser historischen Begründung bzw. Auslegung wurde vor allem die Systematik bzw. Unsystematik des Gesetzes angeführt (79).

Die mit § 240 HGB korrespondierende Vorschrift für das Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung war im GmbH-Gesetz auf verschiedene Paragraphen verteilt; § 49 III GmbHG entsprach § 240 I HGB, während § 240 II HGB seine Parallelvorschrift in § 64 GmbH-Gesetz hatte. Unstreitig galten sowohl für § 49 III als auch § 64 GmbHG die Anwendung der für die GmbH vorgeschriebenen Bilanzierungsvorschriften (80). Die Zusammenstellung des § 240 HGB in seinen beiden Absätzen wurde daher nur als zufällig und äusserlich angesehen (81), die keineswegs eine einheitliche Bilanzierungsmethode für beide Absätze erforderte und trotzdem den Vergleich zu § 49 III GmbHG erlaubte, dessen Grundsätze entsprechend auch für § 240 I HGB Geltung haben sollten.

79) Brodman, Anm. 2a zu § 240 HGB

80) Schmidt-Goerdeler in: Hachenburg, 6. Aufl., Anm. 11 zu § 49 GmbHG
Vogel a.a.O., Anm. 2 zu § 49 GmbHG
Scholz a.a.O., Anm. 3a zu § 49 GmbHG
Baumbach-Hueck GmbHG, Anm. 3c zu § 49 GmbHG

81) Brodman, Anm. 2a zu § 240 HGB

Auch diese Ansicht erscheint vertretbar, aber nicht vollkommen überzeugend: Der Vergleich mit § 49 III GmbHG war zu diesem Zeitpunkt zwar noch möglich, obwohl bereits zwischen § 240 I HGB und § 49 III GmbHG erhebliche Unterschiede im Wortlaut vorhanden waren (82). Nicht stichhaltig ist jedoch die Ableitung der anzuwendenden Bilanzierungsvorschriften aus der "Unsystematik" des Gesetzes:

Ebenso wenig wie die für die gegenteilige Ansicht angeführte "Verwandtschaft" der § 240 I und § 240 II HGB den Ansatz wahrer Werte in der Bilanz zu rechtfertigen vermag - hierzu wird später noch ausführlich Stellung genommen (83) - kann mit einer "Unsystematik" des Gesetzes eine Anwendbarkeit der aktienrechtlichen Bewertungsvorschriften zufriedenstellend hergeleitet werden, da ein diesbezüglicher Zusammenhang nicht offensichtlich und logisch erscheint.

82) § 49 III GmbHG stellte auf eine fertiggestellte Jahres- bzw. Zwischenbilanz ab, während § 240 I HGB die Bezeichnung "bei Aufstellung der ..." verwandte.

83) Siehe 2. Kapitel IV 3b) aa) S. 86.

Eine am Wortlaut des § 240 I HGB orientierte Auslegung stellte insbesondere auf das Wort "Zwischenbilanz" ab (84). Unter Zugrundelegung der Ansicht, dass für die Jahresbilanz selbstverständlich die aktienrechtlichen Bewertungsvorschriften anwendbar wären, sei kein Anlass ersichtlich, für die Zwischenbilanz andere Grundsätze anzuwenden. Diese Argumentation wäre dann überzeugend, wenn sie eine ausreichende Begründung für die Anwendbarkeit der aktienrechtlichen Bewertungsvorschriften bei der Jahresbilanz im Sinne von § 240 I HGB anbieten würde. Da sie hierfür jedoch jegliche Begründung schuldig bleibt, kann auch dem ansonsten in sich logischen Ergebnis, nicht zugestimmt werden.

Letztendlich wurde noch versucht, eine mögliche Anwendung der für die Jahresbilanz einer Aktiengesellschaft geltenden Vorschriften bei § 240 I HGB mit dem unterschiedlichen Normzweck von § 240 I HGB und § 240 II HGB zu begründen (85). Da jedoch kein abschliessendes Ergebnis gefunden wurde, erübrigt sich eine weitere Stellungnahme hierzu.

84) Leitner: Bilanztechnik und Bilanzkritik, II. Band, S. 323.

85) Düring in: Kongress Archiv 1936 des deutschen Prüfungs- und Treuhandswesens 1937, 170.

bb) Für § 83 I AktG 1937

Die Kodifizierung des Aktiengesetzes brachte bei § 83 AktG 1937 keine Klarstellung bezüglich der anzuwendenden Bilanzierungsvorschriften. Daher wurde die bei § 240 HGB begonnene Diskussion fortgesetzt. Allerdings wurden die für die Jahresbilanz einer Aktiengesellschaft anzuwendenden Vorschriften in den §§ 130 ff. AktG 1937 erschöpfend geregelt. § 133 AktG 1937 sah ausführliche Bewertungsvorschriften vor. Da die Regelung des § 133 AktG 1937, insbesondere bezüglich der möglichen Bildung von stillen Reserven, zum Teil andere Bewertungsmethoden als die §§ 153-156 AktG vorsah, werden diese Unterschiede zum besseren Verständnis der weiteren Ausführungen kurz dargestellt:

§ 133 AktG 1937 enthielt lediglich Höchstbewertungsvorschriften für die Aktiva und Mindestbewertungsvorschriften für die Passiva. Dies hatte zur Folge, dass eine Unterbewertung des Anlage- und Umlaufvermögens jederzeit nach Ermessen des Unternehmens möglich war. Die Bildung von stillen Reserven war also zulässig und üblich (86). Sie fand ihre Schranken in dem Grundsatz der sogenannten "Bilanzklarheit", § 129 I 2 AktG 1937; hiernach waren weder

86) Mellerowicz in: Grosskommentar AktG, 2. Aufl.,
Anm. 13 zu § 129 AktG 1937.

das Weglassen von Vermögensgegenständen aus der Bilanz noch die Einstellung fiktiver Verbindlichkeiten in der Bilanz möglich (87).

Die §§ 153-156 AktG brachten eine grundlegende Änderung. Unter Abkehr vom bisherigen Höchstwertprinzip wurden genaue Werte vorgeschrieben, mit denen die Vermögensgegenstände bewertet werden dürfen. Grundsätzlich müssen Gegenstände des Anlage- und Umlaufvermögens mit ihren Anschaffungs- oder Herstellungskosten angesetzt werden. Planmässige Abschreibungen dürfen nur im Rahmen der voraussichtlichen Nutzungsdauer bzw. entsprechend den steuerlich erlaubten Grundsätzen vorgenommen werden. Die Möglichkeit der Unterbewertung im Rahmen des unternehmerischen Ermessens bis zur Willkürgrenze war nunmehr nicht mehr vorhanden (88). Stille Reserven können zwar noch gebildet werden, ihre Entstehung ist jedoch wesentlich erschwert worden.

87) Mellerowicz in: Grosskommentar AktG, 2. Aufl., Anm. 15 zu § 129 AktG 1937.

88) Baumbach-Hueck, AktG, § 153, Rn 6.

Für § 83 I AktG 1937 wurden nunmehr neue interessante Überlegungen angestellt, um die Anwendung der aktienrechtlichen Bilanzierungs- und Bewertungsvorschriften bei der Feststellung des Verlustes von mindestens der Hälfte des Grundkapitals begründen zu können. Hierbei verdient vor allem eine Argumentation erhöhte Aufmerksamkeit (89), da sie die weitere Entwicklung der Diskussion um § 83 I AktG 1937 bzw. § 92 I AktG erheblich beeinflussen sollte:

89) Schmidt in: Grosskommentar AktG, 1. Aufl., Anm. 1 zu § 83 AktG 1937

Im Ergebnis ebenfalls in Übereinstimmung mit der Ansicht von Schmidt für § 83 I AktG 1937:

Adler-Düring-Schmaltz, 3. Aufl., Bd 1, S. 404, Rn 48.

Hintner: Praxis der Wirtschaftsprüfung, 3. Aufl., S. 34.

Pribilla in: Konkurs-Treuhand- und Schiedsgerichtswesen 1958, S. 6.

Schlegelberger-Quassowski, a.a.O., Anm. 3 zu § 83 AktG 1937.

Schürer, a.a.O., S. 99.

Höppner: Praxis des Aktienrechts, S. 225

Ritter, Anm. 2a) zu § 83 AktG 1937.

Würdinger, Aktienrecht, 2. Aufl., S. 123.

Es sei unstreitig, dass der Normzweck des § 83 I AktG 1937 den Schutz der Aktionäre beinhalte und nichts mit den Interessen der Gläubiger und der Allgemeinheit zu tun habe. Für die Aktionäre läge aber ein Anlass zur Erwägung der Lage und zur Fassung von Entschlüssen bereits dann vor, wenn "nach den für die Bewertung in der Jahresbilanz geltenden Grundsätzen ein Verlust der Hälfte des Aktienkapitals" (90) gegeben ist, auch wenn der Verlust bei Aufstellung einer reinen Vermögensbilanz geringer sei, da für die Dividendenausschüttung nur die Jahresbilanz massgeblich sei und diese bei einem Verlust von der Hälfte des Grundkapitals wohl für absehbare Zeit ausgeschlossen sei.

Soweit ist diese Argumentation in sich logisch und vertretbar; das Interesse des Aktionärs auf Dividendenausschüttung ist erheblich und die Zahlung einer Dividende erfolgt ausschliesslich auf Grund des in der Jahresbilanz ausgewiesenen Gewinns. Ob dieses berechnete Interesse des Aktionärs auf Dividende allein imstande ist, bei der Feststellung des Verlustes im Sinne von § 83 I AktG 1937 die für die Jahresbilanz geltenden aktienrechtlichen Bilanzierungsvorschriften zur Anwendung zu bringen, erscheint in höchstem Masse fraglich, da durch § 83 I AktG 1937 nicht in erster Linie die Dividende des Aktionärs geschützt werden sollte, sondern die mögliche Erhaltung des Unternehmens zu erreichen versucht werden sollte.

90) Schmidt in: Grosskommentar AktG, 1. Aufl., Anm. 1 zu § 83 AktG 1937.

Unverständlicherweise erfolgte jedoch sodann eine Einschränkung der vorstehend aufgeführten Begründung:

"Ein Verlust in Höhe der Hälfte des Grundkapitals ist nicht ein Verlust, der ziffernmässig (Unterstreichungen durch den Verfasser) gleich der Hälfte des Grundkapitals ist, sondern ein Verlust, der nicht ohne Zuhilfenahme der Hälfte des Grundkapitals gedeckt werden kann. Auch ein zahlenmässig höherer Verlust begründet also die Anzeigepflicht nicht, solange er aus gesetzlichen oder freien, offenen oder stillen Rücklagen, unter Zuhilfenahme von weniger als der Hälfte des Aktienkapitals gedeckt werden kann" (92).

Damit wurde die Argumentation in ihr Gegenteil verkehrt, wie das nachfolgende Beispiel zeigt:

Eine Aktiengesellschaft mit einem Kapital von DM 100.000, -- erzielte gemäss einer unter Beachtung der §§ 133 ff. AktG 1937 erstellten Zwischenbilanz einen Verlust von DM 70.000, --. Ein Verlust von mehr als der Hälfte des Grundkapitals war eingetreten, der die Anzeigepflicht gegenüber der Hauptversammlung mit sich brachte, da auch mit Hilfe der gesetzlichen und offenen Rücklagen der Verlust nicht unter DM 50.000, -- reduziert werden konnte.

92) Schmidt in: Grosskommentar AktG, 1. Aufl., Anm. 1 zu § 83 AktG 1937.

Allerdings war in der Bilanz ein Grundstück mit DM 10.000, -- bewertet, dessen Anschaffungspreis DM 20.000, -- und sein Verkehrswert DM 80.000, -- betrug. Unter Anwendung der vorstehend entwickelten Grundsätze konnte daher der die Hälfte des Grundkapitals übersteigende Verlust von DM 20.000, -- durch die in dem Grundstück befindlichen stillen Reserven abgedeckt und eine Anzeige an die Hauptversammlung vermieden werden.

Zwar ist dieser Argumentation von Schmidt im Ergebnis zuzustimmen, da auch sie letztendlich von den wahren Werten im Sinne einer Überschuldungsbilanz ausgeht, sie ist jedoch aus nachfolgenden Gründen rechtsdogmatisch nicht haltbar:

Wegen des dem Aktiengesetz von 1937 zugrundeliegenden Höchstwertprinzips konnte ein Wirtschaftsgut des Anlagevermögens höchstens zu den Anschaffungs- oder Herstellungskosten bilanziert werden. Ein Grundstück des Anlagevermögens, welches für DM 100.000, -- erworben wurde, konnte demnach mit jedem beliebigen Wert bis höchstens DM 100.000, -- angesetzt werden. Wurde dieses aus sonstigen Gründen niedriger bewertet, so war es jederzeit zulässig, die in diesem Grundstück schlummernden stillen Reserven durch freiwillige Höherbewertung aufzulösen (93).

93) Die Zulässigkeit von Höherbewertungen hat bereits das Reichsgericht in RGZ 156, 59 grundsätzlich anerkannt.

Diese erneute Höherbewertung durfte jedoch nicht den ursprünglichen Anschaffungspreis abzüglich notwendiger Abschreibungen übersteigen. Folgt man jedoch der Argumentation von Schmidt, so wurde dieser aktienrechtliche Grundsatz durchbrochen, wie das nachfolgende Beispiel zeigt:

Eine Gesellschaft mit einem Grundkapital von DM 300.000, -- hat einen Verlust von von DM 250.000, --, welcher auf Grund einer Zwischenbilanz unter Berücksichtigung der aktienrechtlichen Bilanzierungsvorschriften ermittelt wurde. In dieser Bilanz ist ein Grundstück, welches vor Jahren zu DM 100.000, -- angeschafft wurde, noch mit DM 10.000, -- bilanziert. Der Verkehrswert des Grundstücks beträgt DM 500.000, --. Die in diesem Grundstück schlummernden stillen Reserven betragen also DM 490.000, --. Um den Verlust so zu verringern, dass er die Hälfte des Grundkapitals unterschreitet, er also weniger als DM 150.000, -- beträgt, müsste dieses Grundstück nunmehr mit DM 110.001, -- angesetzt werden; nach der von Schmidt vertretenen Ansicht wäre eine derartige Höherbewertung dieses Grundstückes ohne weiteres möglich und widerspräche bei einem Verkehrswert von DM 500.000, -- auch sicherlich nicht dem Grundsatz der vorsichtigen Bilanzierung. Nach aktienrechtlichen Grundsätzen kann jedoch eine Höherbewertung des Grundstückes allen-

falls - die notwendigen Abschreibungen werden zur Vereinfachung einmal nicht berücksichtigt - bis zu DM 100.000, --, dem seinerzeitigen Anschaffungspreis erfolgen; die Verpflichtung zur Verlustanzeige würde also fortbestehen.

Die von Schmidt vertretene Ansicht, dass alle stille Reserven aufgelöst werden könnten, um den Verlust im Sinne von § 83 I AktG 1937 festzustellen, ansonsten aber der Verlust durch eine Gewinnermittlungsbilanz zu errechnen ist, ist rechtsdogmatisch nicht vertretbar, da er zwei Dinge miteinander verbindet, die nicht miteinander verbunden werden können: Entweder errechnet sich der Verlust auf Grund einer Gewinnermittlungsbilanz, wobei eine Auflösung der stillen Reserven höchstens bis zu den gemäss § 133 AktG 1937 zulässigen Werten möglich ist (94) oder man gestattet eine Auflösung sämtlicher stiller Reserven ohne Höchstbegrenzung, dann ist kein Raum mehr für die Anwendung der aktienrechtlichen Bilanzierungs- und Bewertungsvorschriften. Hierbei sollte nicht übersehen werden, dass eine Bilanz, in welcher die Auflösung aller stillen Reserven vorgenommen wird, also von den wahren Werten ausgegangen wird, in ihrem Ergebnis einer Überschuldungsbilanz sehr nahekommt, auch wenn sie sich noch in das Gewand einer Gewinnermittlungsbilanz hüllt. Denn der statusmässige Vergleich zwischen echtem Vermögen und echten Schulden ist gerade das besondere Charakteristikum einer Überschuldungsbilanz.

94) Diese Ansicht vertritt Hintner a.a.O., S. 34

Der Ansicht von Schmidt kann daher nicht zugestimmt werden, da ihre Durchführung mit den aktienrechtlichen Bewertungsvorschriften nicht in Einklang zu bringen ist, wenn eine Auflösung stiller Reserven über die zulässigen Höchstgrenzen hinaus erfolgt.

Die von Schmidt vertretene Ansicht hatte jedoch weitreichende Folgen, wie die nachstehend auszugsweise aufgeführte Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 9. Oktober 1958 zeigte (95); im übrigen ist dies die einzige bis zum heutigen Tage ergangene höchstrichterliche Entscheidung zu dem hier zur Diskussion stehenden Problemkreis:

In einem Revisionsverfahren war der BGH u. a. auch mit der Frage konfrontiert, welche Bilanzierungsgrundsätze bei der Feststellung eines Verlustes im Sinne von § 83 I AktG 1937 anzuwenden sind. Hierzu hat er ausgeführt:

"Ein Verlust in Höhe der Hälfte des Grundkapitals ist nicht ein Verlust, der ziffernmässig gleich der Hälfte des Grundkapitals ist, sondern ein Verlust, der das Vermögen der Gesellschaft auf einen Betrag vermindert, der unter der Hälfte des Grundkapitals liegt. Erst dann ist der Verlust so erheblich, dass die Aktionäre davon verständigt werden müssen, um zu beraten, was nun geschehen soll."

95) Bundesgerichtshof: Urteil vom 9. Oktober 1958, II ZR 348/56 in BB 1958, S. 1181 ff.

Gleichzeitig führt der BGH aus, dass er mit der Ansicht des Berufungsgerichtes übereinstimme:

"Nach Ansicht des Berufungsgerichts ... hat kein die Anzeigepflicht nach § 83 I AktG auslösender Verlust bestanden. Die in dieser Bilanz ausgewiesene Verlustziffer betrage zwar mehr als die Hälfte des Grundkapitals. Eine Anzeigepflicht nach § 83 I AktG bestehe aber nicht, solange der Verlust noch aus gesetzlichen oder freien, offenen oder stillen Rücklagen unter Zuhilfenahme von weniger als der Hälfte des Grundkapitals gedeckt werden könne."

Diese Entscheidung des Bundesgerichtshofes gestattet mehrdeutige Auslegungen, wobei an dieser Stelle aus systematischen Gründen nur die Möglichkeiten dargelegt werden, die unter Umständen eine Anwendung der §§ 133 ff. AktG 1937 rechtfertigen könnten:

- a. Der BGH begründet seine Ansicht über die Auflösung der stillen Reserven mit der vorstehend erläuterten Argumentation von Schmidt (96). Man könnte daher den Standpunkt vertreten, dass die Entscheidung des BGH eine vollständige Übernahme und Bestätigung der von Schmidt vertretenen Ansicht darstellt, mit der Folge, dass auch nach Ansicht des BGH für die Feststellung des Verlustes

96) BGH in: BB 1958, S. 1182.

von mindestens der Hälfte des Grundkapitals im Sinne von § 83 I AktG 1937 die für die Jahresbilanz einer Aktiengesellschaft gültigen Grundsätze der §§ 133 ff. AktG 1937 zur Anwendung kommen würden.

Dem kann jedoch folgendes entgegengehalten werden: Die vom BGH vorgenommene Bezugnahme bezieht sich ausdrücklich nur auf die Ausführungen von Schmidt bezüglich der Auflösung der stillen Reserven (97). Über die Anwendung der Bilanzierungsvorschriften der §§ 133 AktG enthält die Entscheidung des BGH weder expressiv verbiis noch impliziert eine Aussage. Gerade die vom BGH vorgenommene Unterteilung der Ausführungen von Schmidt könnte eher den Schluss nahelegen, dass der BGH mit dieser Bezugnahme lediglich die Zulässigkeit der Auflösung stiller Reserven bei der Verlustfeststellung belegen wollte. Zumindest ist die vorgenommene Bezugnahme auf Schmidt nicht geeignet, einen positiven Hinweis auf die Anwendbarkeit der §§ 133 ff. AktG 1937 zu geben.

97) BGH a.a.O.: "Siehe Schmidt, Anm. 1, Abs. 3 zu § 83 I AktG 1937.

- b. Die Frage der Berechnung des Verlustes von mindestens der Hälfte des Grundkapitals spielte in der Entscheidung des BGH nur eine untergeordnete Rolle (98). Bis zum Zeitpunkt der Entscheidung des BGH war es, trotz einiger Gegenmeinungen, wohl herrschende Ansicht, dass die Feststellung des Verlustes von mindestens der Hälfte des Grundkapitals unter Anwendung der §§ 133 ff. AktG 1937 zu erfolgen habe, wobei dies überwiegend mit einer Bezugnahme auf die Ausführungen von Schmidt begründet wurde. Hätte der BGH daher von der herrschenden Meinung abweichen wollen, so hätte dies allenfalls mittels einer ausführlichen Begründung erfolgen können (99).

Eine derartige Argumentation begibt sich jedoch in das Reich der Spekulation. Es ist möglich, dass sich der BGH anlässlich seiner vorzitierten Entscheidung mit der Problematik des § 83 I AktG 1937 nur am Rande beschäftigt hat (100). Hieraus jedoch einen positiven Hinweis auf die Anwendbarkeit der §§ 133 ff. AktG entnehmen zu wollen, überschreitet den Rahmen möglicher Auslegungen und hat spekulativen Charakter.

98) Siehe den gesamten Wortlaut der Entscheidung des BGH II ZR 348/56 S. 2-7, nicht veröffentlicht.

99) So auch Goerdeler in: BB 1961, 1393.

100) So auch Hirtz, S. 36.

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass die Entscheidung des BGH vom 9. Oktober 1958 zumindest keinen positiven Schluss bezüglich der Anwendbarkeit der §§ 133 ff. AktG 1937 für die Feststellung des Verlustes des halben Grundkapitals im Sinne von § 83 I AktG 1937 gestattet. Inwieweit die Entscheidung des BGH eine gegenteilige Ansicht zu stützen vermag, wird an entsprechender Stelle noch ausführlich zu erörtern sein (101).

cc) Für § 92 I AktG

Durch die Reform des Aktiengesetzes 1965 wurde § 83 I AktG 1937 durch § 92 I AktG in seiner heute gültigen Fassung ersetzt. Abgesehen von einer unbedeutenden formellen Änderung (102), blieb der materielle Sinngehalt der Vorschrift unverändert. Eine gesetzgeberische Klarstellung über die Berechnung des Verlustes von mindestens der Hälfte des Grundkapitals unterblieb.

Von erheblicher Bedeutung ist allerdings die Änderung der Bewertungsvorschriften für die Erstellung der Jahresbilanz einer Aktiengesellschaft, insbesondere die Ersetzung des § 133 AktG 1937 durch die §§ 153-156 AktG und die hiermit verbundene Ablösung des bisherigen Höchstwertprinzips bei der Bewertung der Aktiva.

101) Siehe 2. Kapitel IV 3b) cc) S. 93 ff.

102) Die Formulierung "... zu berufen und dieser davon Anzeige zu machen" wurde durch die Formulierung "... einzuberufen und ihr dies anzuzeigen" ersetzt.

Eine niedrigere Bewertung des Anlage- und Umlaufvermögens ist nur noch im Rahmen der gesetzlich zulässigen Abschreibungsmöglichkeiten erlaubt; eine freiwillige willkürliche niedrigere Bewertung kann also nicht mehr vorgenommen werden. Die Bildung von stillen Reserven wird damit erheblich erschwert; sie ist jedoch immer noch möglich, wenn die wahren Werte die seinerzeitigen Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten übersteigen, z.B. Preissteigerungen bei Grundbesitz, Kurssteigerungen von Wertpapieren, Wertsteigerungen von Gewinnen sowie unterschiedliche Nutzungsdauer in steuerlicher und tatsächlicher Hinsicht (103). Zuschreibungen und Höherbewertungen sind auch im Rahmen des neuen Aktiengesetzes für Güter des Anlagevermögens möglich, wenn hierfür ein begründeter Anlass wie z.B. Sanierung, Umwandlung etc. besteht, allerdings nur bis zur Höhe der Anschaffungs- oder Herstellungskosten (104).

103) Adler-Düring-Schmaltz, 4. Aufl., § 153, Rn 2.

104) Adler-Düring-Schmaltz, § 149, Rn 73.

Hierdurch soll vermieden werden, dass die Gesellschaft auf Grund einer besonders optimistischen Betrachtungsweise ein Ergebnis erzielt, auf Grund dessen unter Umständen eine Dividendenausschüttung erfolgt, die durch die Entwicklung späterer Jahre sich nachträglich als nicht gerechtfertigt erweist. Es soll nur der Gewinn ausgeschüttet werden, der auch tatsächlich verdient worden ist, also z.B. bei der Veräußerung von Gegenständen des Anlagevermögens, dem Hauptfall der Auflösung stiller Reserven (105).

Die neuere Literatur zu § 92 I AktG bejaht im wesentlichen die Anwendung der §§ 151 ff. AktG für die Berechnung des Verlustes bei § 92 I AktG, vor allem unter Bezugnahme auf Schmidt und die Entscheidung des BGH (106).

105) Baumbach-Hueck, AktG, § 153, Rn 7.

106) Heinen: Handelsbilanzen, 4. Aufl., S. 338.

Godin-Wilhelmi, 3. Aufl., Anm. 3 und 5 zu § 92 I AktG unter Aufgabe der in der Voraufgabe vertretenen gegenteiligen Ansicht; ebenso in der 4. Aufl., Anm. 3 und 4 zu § 92 AktG.

Baumbach-Hueck, AktG, § 92, Rn 3

Mertens in Kölner Kommentar zum AktG, § 92, Rn 3.

Einige Argumente verdienen jedoch noch eine besondere Beachtung:

Zutreffenderweise erwähnt der Wortlaut des § 92 I AktG ausdrücklich die Jahresbilanz bzw. eine Zwischenbilanz. Auch hieraus könnte der Schluss gezogen werden, dass der Gesetzgeber auf Grund dieses Wortlautes auch die für die Jahresbilanz gültigen Grundsätze angewendet wissen wollte (107). Dieser Argumentation kann jedoch entgegengehalten werden, dass der Erwähnung der Worte "Jahresbilanz" bzw. "Zwischenbilanz" in § 92 I AktG letztendlich nur aufzählender und beispielhafter Charakter zukommt, was nicht zuletzt durch die Worte "... ist bei pflichtgemäßem Ermessen anzunehmen" erhärtet wird. Darüberhinaus spricht das Gesetz nicht mehr von "aus der Jahresbilanz" sondern von "bei Aufstellung der Jahresbilanz". Auch hieraus könnte geschlossen werden, dass nun gerade nicht mehr die Vorschriften über die Jahresbilanz zur Anwendung zu bringen sind (108). Eine dergestalt eng am Wortlaut des § 92 I AktG orientierte Auslegung vermag daher nicht zu überzeugen.

107) So Meyer-Landrut in: Grosskommentar AktG, 3. Aufl., Anm. 3 zu § 92 I AktG.

108) In diesem Sinne ehemals Godin-Wilhelmi, 2. Aufl., Anm. 1 zu § 83 AktG 1937, allerdings aufgegeben zugunsten der gegenteiligen Ansicht in der 3. Auflage.

Interessante Aspekte zeigt schliesslich die von Hefermehl vertretene Meinung (109). Auch er vertritt die Ansicht von Schmidt und gestattet unter Bezugnahme auf den BGH die Auflösung aller stillen Reserven. Hierbei will er "die Bewertungsgrundsätze der §§ 153 ff. AktG durch eine dem Zweck der Verlustanzeigespflicht entsprechende Höherbewertung modifiziert" sehen. Er hat also offensichtlich erkannt, dass eine Anwendung der §§ 153 ff. AktG eine Höherbewertung allenfalls bis zu den im Rahmen der §§ 153 ff. AktG möglichen Höchstgrenzen ermöglicht; um die auch von ihnen vertretene Auflösung aller stillen Reserven zu ermöglichen, muss er daher die §§ 153 ff. AktG auf Grund des "Zweckes der Verlustanzeige-pflicht" "modifizieren". Diese Ansicht dürfte wohl den Rahmen überschreiten, der bei einer teleologischen Auslegung noch möglich erscheint. Die von ihm gewünschte "Modifizierung" der §§ 153 ff. AktG wäre nicht erforderlich, wenn die Konsequenz einer einmal begonnenen Argumentation mit einem Blick auf das drohende Ergebnis nicht durch einen Zusatz durchbrochen würde und zeigt erneut die Untauglichkeit der Verbindung der Anwendung der §§ 153 ff. AktG einerseits mit der Auflösung aller stillen Reserven andererseits.

109) Hefermehl in: Gessler-Hefermehl-Eckardt-Kropff,
§ 92, Rn 6.

Deshalb kann auch dieser Ansicht keine Zustimmung erteilt werden, da eine Modifizierung der §§ 153 ff. AktG letztendlich nur durch den Gesetzgeber erfolgen kann.

dd) Ergebnis

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden: Für die Berechnung des Verlustes bei § 92 I AktG erscheint eine Anwendung der §§ 151 ff. AktG insbesondere §§ 153-156 AktG unter gleichzeitiger Möglichkeit der Auflösung aller stillen Reserven nicht zulässig, da gerade die Auflösung aller stillen Reserven in der Regel den zwingenden Bewertungsvorschriften der §§ 153 ff. AktG widerspricht.

Eine Anwendung der §§ 151 ff. AktG ohne die Möglichkeit der Höherbewertung im zulässigen Rahmen der §§ 153 ff. AktG erscheint seit der Entscheidung des BGH nicht mehr möglich, wenn man von der Richtigkeit der Entscheidung ausgeht.

Gestattet man schliesslich die Auflösung aller stillen Reserven und will im übrigen dennoch an den sonstigen aktienrechtlichen Bilanzierungsvorschriften festhalten, so erscheint dies höchst unverständlich, da ja gerade der wesentliche Unterschied zwischen einer nach aktienrechtlichen Grundsätzen aufgestellten Bilanz und einer Überschuldungsbilanz bzw. einem Vermögens-

status in der Anwendung strenger - §§ 153-156 AktG - bzw. freier Bewertungsvorschriften - Ansatz der wahren Werte - liegt. Durch die Auflösung aller stillen Reserven werden in Wirklichkeit die aktienrechtlichen Bilanzierungsvorschriften unterlaufen; die von der herrschenden Meinung vertretene Ansicht kommt daher im Ergebnis der Anwendung der Grundsätze der Überschuldungsbilanz gleich, wenn die sonstigen Formvorschriften der §§ 151 ff. AktG ausser Betracht bleiben.

b. Die Anwendung der Grundsätze einer Überschuldungsbilanz

Die entscheidende Bedeutung der Anwendung der Grundsätze einer Überschuldungsbilanz, die vereinzelt auch als Vermögensstatus bezeichnet wird, ist der Ansatz der wahren Werte, d.h. es erfolgt eine Gegenüberstellung der echten Aktiva und Passiva, um so festzustellen, ob eine Gesellschaft mehr als die Hälfte ihres Grundkapitals verloren hat. Für die Anwendung dieser Grundsätze können erhebliche Argumente vorgebracht werden.

aa) Die Verwandtschaft zwischen § 92 I und § 92 II AktG

Unstreitig dürfte es sein, dass zwischen § 92 I AktG und § 92 II AktG ebenso wie zwischen den früheren Vorschriften der §§ 240 I und 240 II HGB sowie 83 I und 83 II AktG 1937 eine gewisse Verwandtschaft besteht.

Es wird daher die Ansicht vertreten, dass diese "verwandten" Vorschriften auch einer gleichen Interpretation zuzuführen sind (110). Da nach allgemeiner Ansicht (111) bei § 92 II AktG die Überschuldung der Gesellschaft nur durch den Ansatz der wahren Werte festgestellt werden kann, müssten diese Ansätze auch bei der Feststellung des Verlustes im Sinne von § 92 I AktG angewandt werden.

Dieser Argumentation kann jedoch nicht gefolgt werden: Zwar wird eine gewisse Verwandtschaft zwischen § 92 I und § 92 II AktG nicht zu leugnen sein, die vor allem bei § 240 I und § 240 II HGB ihren Ausdruck im teilweise identischen Wortlaut fand (112).

110) So für § 240 HGB bereits Staub, a.a.O., Anm. 2b zu § 240 HGB; ebenso Wehler in: Der Wirtschaftstreuhänder 1934 S. 447.

Für § 83 AktG insbes. Hirtz, S. 38; ebenso, wenn auch einschränkend, Hertlein-Meissner: Abschluss und Prüfung der Unternehmung, 4. Aufl., S. 177.

111) Allg. Ansicht
Baumbach-Hueck, AktG, § 92, Rn 6.
Mertens in Kölner Kommentar zum AktG, § 92, Rn 13.
Hefermehl in: Gessler-Hefermehl-Eckardt-Kropff, § 92, Rn 17.
Meyer-Landrut in: Grosskommentar AktG, 3. Aufl., Anm. 7 zu § 92 AktG.

112) Sowohl § 240 I HGB als auch § 240 II HGB sprachen jeweils von "bei Aufstellung der Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz".

Andererseits haben die Vorschriften jedoch unterschiedliche Zielrichtung, da § 92 I AktG hauptsächlich die Aktionäre der betroffenen Gesellschaft anspricht, wohingegen § 92 II AktG als Gläubigerschutzvorschrift der Gesellschaft interpretiert wird. Den Ansatz der wahren Werte bei der Feststellung des Verlustes im Sinne § 92 I AktG daher mit der "Systematik" des Gesetzes begründen zu wollen, erscheint genauso wenig überzeugend wie die mit der "Unsystematik" argumentierende, bereits vorstehend aufgezeigte Gegenansicht (113).

bb) Die grammatikalische Auslegung

Vereinzelt wurde die Ansicht vertreten, dass bei der Berechnung des Verlustes im Sinne von § 92 I AktG bereits eine Interpretation des Wortlautes ergäbe, dass hierbei nicht die aktienrechtlichen Bilanzierungs- und Bewertungsvorschriften zur Anwendung kämen, sondern von den wahren Werten auszugehen sei; dies ergäbe sich vor allem aus der nunmehr gewählten Formulierung "bei Aufstellung der Jahresbilanz" anstelle des ursprünglichen Wortlautes "aus der Jahresbilanz" (114).

113) Siehe 2. Kapitel IV 3. a) aa) S. 67.

114) So für § 240 HGB Staub, a. a. O., Anm. 2b zu § 240 HGB.

Für § 83 AktG 1937 vor allem Godin-Wilhelmi, 2. Aufl., Anm. 1 zu § 83 AktG 1937; in den späteren Auflagen wurde diese Ansicht allerdings aufgegeben.
Ferner Muser in: Die Wirtschaftsprüfung 1961, S. 31.

Diese Auffassung scheint vertretbar, wenn auch nicht sehr überzeugend und dürfte allein sicherlich nicht ausreichend sein, um bei § 92 I AktG die Feststellung des Verlustes mit Hilfe der wahren Werte vorzunehmen. Die Änderung des Wortlautes bei der damaligen Neufassung des § 240 HGB hat wohl eher den Zweck gehabt, den Zeitpunkt der Verlustanzeige vorzuverlegen, indem der Vorstand nicht mehr die Fertigstellung der entsprechenden Bilanz abwarten durfte, sondern bereits während ihrer Erstellung tätig werden musste, falls er der Ansicht war, dass die Hälfte des Grundkapitals verloren war. Da jedoch die der endgültigen Kodifizierung des § 240 HGB zugrundeliegenden Materialien über den vom Gesetzgeber mit dieser Änderung des Wortlautes beabsichtigten Zweck keine konkrete Aussage enthalten, kann die vorstehend vertretene Ansicht zumindest nicht ausgeschlossen werden.

cc) Der Normzweck und die Entscheidung des BGH

Wie bereits vorstehend aufgezeigt wurde (115) ist eine Anwendung der Vorschriften der §§ 151 ff. AktG bei gleichzeitiger Auflösung aller stillen Reserven für die Feststellung des Verlustes im Sinne von § 92 I AktG nicht möglich, da hierbei gegen die zwingenden Vorschriften der §§ 153-156 AktG verstossen würde.

115) Siehe 2. Kapitel IV 3a) dd) S. 85.

Die herrschende Meinung (115 a) kann daher nur eine Auflösung der stillen Reserven im Rahmen der Bewertungsvorschriften der §§ 153-156 AktG zulassen. Dies kann jedoch unter Umständen zu unzumutbaren Ergebnissen führen wie das nachfolgende Beispiel aufzeigen soll:

Eine Gesellschaft hat erheblichen Grundbesitz, der zu einem Preis von DM 1.000.000, -- angeschafft wurde, mit DM 200.000, -- zu Buche steht und dessen vorsichtig geschätzter Verkehrswert bei ca. DM 5.000.000, -- liegt. Ihr Grundkapital beträgt DM 3.000.000, --, die ordnungsgemäss errichtete Jahresbilanz weist einen Verlust von DM 2.500.000, -- aus. Sonstige stille Reserven sind nicht vorhanden.

Durch eine zulässige Höherbewertung - der Grundbesitz wird mit DM 1.000.000, -- bewertet - kann der eingetretene Verlust um DM 800.000, -- vermindert werden, er beträgt somit noch DM 1.700.000, --. Da der Verlust noch immer um DM 200.000, -- die Hälfte des Grundkapitals übersteigt, wäre der Vorstand verpflichtet, die Verlustanzeige zu erstatten, obwohl weitere DM 4.000.000, -- stille Reserven im Grundbesitz enthalten sind, die jedoch auf Grund der aktienrechtlichen Bewertungsvorschriften nicht berücksichtigt werden dürfen:

115a) Siehe 2. Kapitel IV, 3) a) S. 62 ff., insbes. S. 80 ff und Fn 106.

Durch die Verlustanzeige wird nunmehr begreiflicherweise Unruhe, nicht nur unter den Aktionären selbst verursacht. Da zwischen Einberufung und Abhaltung der Hauptversammlung die Monatsfrist des § 123 I AktG zu wahren ist, der Vorstand in der Regel jedoch erst in der Hauptversammlung selbst den eingetretenen Schaden erörtern und auf die gleichzeitig noch vorhandenen stillen Reserven hinweisen kann, bleibt ein gewisser Zeitraum, in welchem spekulative Vermutungen von allen Seiten angestellt werden können. Verunsicherte Aktionäre könnten versucht sein, noch vor der Hauptversammlung ihren Aktienbestand zu veräußern, da sie befürchten, dass nach Erörterung der Lage in der Hauptversammlung und der damit verbundenen Publizität sich der Kurs ihrer Aktien weiter verschlechtern könnte. Auf Grund dieser überstürzten Verkäufe sinkt der Kurs tatsächlich, auch wenn er sich möglicherweise nach der Hauptversammlung auf Grund der Erläuterungen des Vorstandes wieder erholen sollte.

Aufgeschreckt durch die Einberufung der Hauptversammlung und beunruhigt durch die Kursentwicklung, könnten auch die Klein- und Mittelgläubiger versucht sein, ihr finanzielles Engagement gegenüber der Gesellschaft zu überprüfen und eine sofortige Realisierung ihrer Forderungen einzuleiten.

Durch diese Kettenreaktion kann die Gesellschaft in grösste Bedrängnis geraten, obwohl eigentlich keinerlei Anlass zu Sorge, Unruhe und Panik bestanden hätte, da ja tatsächlich erhebliche stille Reserven noch vorhanden sind.

Eine derartige mögliche Reaktion und die mit ihr verbundenen möglichen Folgen sind sicherlich nicht im Interesse des Aktionärs, das jedoch gerade durch § 92 I AktG im Sinn des dieser Vorschrift zugrundeliegenden Normzwecks geschützt werden soll. Es ist daher nicht mit dem Normzweck des § 92 I AktG zu vereinbaren, dass eine Gesellschaft bei Anwendung der aktienrechtlichen Bewertungsvorschriften zur Verlustanzeige gezwungen ist, obwohl sie noch über erhebliche stille Reserven verfügt. Eine starre Anwendung der aktienrechtlichen Bewertungsvorschrift würde der möglichen wirklichen Vermögenssituation der Gesellschaft nicht gerecht (116).

Hieraus darf nur der einzig mögliche Schluss gezogen werden, dass die Feststellung des Verlustes von mindestens der Hälfte des Grundkapitals nur unter Berücksichtigung des gesamten Vermögens der Gesellschaft erfolgen kann, wobei unter

116) Muser, a.a.O., S. 31.

Vermögen in diesem Zusammenhang das Reinvermögen der Gesellschaft zu verstehen ist (117). Nimmt man nun eine Untersuchung der vorzitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofes im Hinblick auf diese Ansicht vor, so ergibt sich Übereinstimmung: Auch der BGH stellt darauf ab, dass es sich bei dem eingetretenen Verlust um eine Reduzierung des Vermögens der Gesellschaft unter die Hälfte des Grundkapitals handeln muss. Gleichzeitig stellt er klar, dass das Vermögen nur dann weniger als die Hälfte des Grundkapitals beträgt und eine Verlustanzeige erforderlich ist, wenn hierbei alle stillen Reserven berücksichtigt sind (118). Dass auch der BGH die Auflösung aller stillen Reserven wollte, erklärt sich durch seine Bezugnahme auf Teichmann-Köhler, 2. Aufl., Anm. 1a zu § 83 I AktG 1937, die ausdrücklich vom "Reinvermögen" sprechen. Unter Reinvermögen kann jedoch immer nur eine Berücksichtigung sämtlicher vermögenswerter Werte verstanden werden.

Eine Interpretation der Entscheidung des Bundesgerichtshofes in diesem Sinne lässt nunmehr auch die vom Bundesgerichtshof vorgenommene Bezugnahme auf Schmidt erklärbar werden:

117) Teichmann-Köhler, a.a.O., Anm. 1a zu § 83 I AktG 1937.

118) BGH a.a.O. Siehe 2. Kapitel IV 3a) bb) S. 76 ff.

Der BGH erklärte in der Entscheidung ausdrücklich, dass er eine Auflösung der stillen Reserven wollte. Insoweit war er in Übereinstimmung mit der Ansicht von Schmidt und brachte dies durch seine Inbezugnahme zum Ausdruck. Dass er jedoch keine Auflösung der stillen Reserven nur bis zur Höchstgrenze des damaligen § 133 AktG 1937 wollte, stellte er durch die Bezugnahme auf Teichmann-Köhler und den einzig dort verwendeten Begriff des "Reinvermögens" klar. Wegen des in der Ansicht von Schmidt vorhandenen und bereits aufgezeigten Widerspruchs der Anwendung der §§ 131 ff. AktG einerseits und der Auflösung aller stillen Reserven andererseits war für den BGH eine vollinhaltliche Bezugnahme auf Schmidt nicht möglich. Daher unterteilte der BGH die Ausführungen von Schmidt und beschränkte seine Bezugnahme einzig auf die Ausführungen von Schmidt, die die Auflösung der stillen Reserven für rechtens erachteten. Die vom BGH vorgenommene Unterteilung ist noch umso erstaunlicher, als eine Unterteilung einer Literaturansicht über die vom Verfasser selbst vorgenommene Einteilung hinaus höchst ungewöhnlich ist und nur dadurch zu erklären ist, dass der Bezugnehmende nicht vollständig mit der Ansicht der von ihm zitierten Quelle übereinstimmt, dies aber bei einer Übernahme der in der Quelle vorgenommenen Einteilung nicht hätte zum Ausdruck bringen können und daher die Unterteilung vornehmen musste.

Hätte der BGH - wie Schmidt - eine Anwendung der aktienrechtlichen Bilanzierungs- und Bewertungsvorschriften bejaht, wäre eine Unterteilung der von Schmidt vertretenen Ansicht nicht erforderlich gewesen.

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden: Nach Ansicht des BGH hat die Feststellung des Verlustes von mindestens der Hälfte des Grundkapitals unter Berücksichtigung des Reinvermögens der Gesellschaft zu erfolgen; dies ist nur durch Aufdeckung aller stillen Reserven möglich. Die Berücksichtigung aller stillen Reserven ist jedoch mit § 133 AktG 1937 nicht zu vereinen. Somit können zumindest die aktienrechtlichen Bewertungsvorschriften bei der Feststellung des Verlustes nicht zur Anwendung kommen (119).

119) Für eine im Ergebnis gleichkommende Interpretation der Entscheidung des Bundesgerichtshofes ebenso

Muser a.a.O., S. 32

Zilius in: Die Wirtschaftsprüfung 1963, S. 94
derselbe in: Wirtschaftsprüferhandbuch 1963,
S. 781, 782.

Wirtschaftsprüferhandbuch 1968, S. 1238 und
Wirtschaftsprüferhandbuch 1973, S. 1495, 1496.

Hirtz, S. 35, 36, der jedoch den Hinweis des BGH auf Teichmann-Köhler erkennt.

dd) Die Entscheidung über die Zukunft der Gesellschaft

Abschliessend darf auch ein weiterer Bestandteil des Normzweckes des § 92 I AktG nicht unberücksichtigt bleiben: Durch die Einberufung der Hauptversammlung sollen die Aktionäre der Gesellschaft in die Lage versetzt werden, die notwendigen Massnahmen zu beschliessen, die für eine Gesellschaft mit einem Verlust von mehr als der Hälfte des Grundkapitals erforderlich sind. Hierbei muss zunächst eine grundsätzliche Entscheidung herbeigeführt werden, ob die Gesellschaft fortgesetzt oder liquidiert werden soll, d.h. es hat eine Risikoabwägung zu erfolgen, ob man einen, wenn auch geringen Liquidationserlös zugunsten einer möglichen Sanierung aufs Spiel setzt. Diese Entscheidung kann aber nur dann erfolgversprechend getroffen werden, wenn der Verschuldungsgrad der Gesellschaft und ein eventueller Liquidationserlös offensichtlich sind. Diese Feststellung wiederum kann nur unter Berücksichtigung der echten Vermögenssituation erfolgen; etwa nach aktienrechtlichen Bilanzierungs- und Bewertungsgrundsätzen aufgestellte Bilanzen bzw. errechnete Verluste sind hierfür nicht geeignet (120).

120) Schmalenbach: Dynamische Bilanz, 12. Aufl., S. 177.

ee) Ergebnis

Die Frage, ob ein die Verlustanzeige gemäss § 92 I AktG auslösender Verlust von mehr als der Hälfte des Grundkapitals einer Aktiengesellschaft vorhanden ist, muss auf das Reinvermögen der Gesellschaft abgestellt werden. Dieses kann nur durch eine Gegenüberstellung aller wahren Vermögenswerte mit den Verbindlichkeiten der Gesellschaft ermittelt werden. Hierbei hat eine Berücksichtigung aller stillen Reserven zu erfolgen, d.h. bei der Bewertung der Aktiva sind die wahren Zeitwerte in Ansatz zu bringen. Eine gleichzeitige Anwendung der §§ 153-156 AktG ist daher ausgeschlossen.

Ergibt ein so erstellter Status, dass die Gesellschaft mehr als die Hälfte ihres Reinvermögens verloren hat, ist der Vorstand gemäss § 92 I AktG verpflichtet, die Hauptversammlung einzuberufen und ihr von dem so ermittelten Verlust Anzeige zu erstatten.

c) Zusammenfassung

Geht man von der Entscheidung des BGH aus, hat die Berechnung des Verlustes unter Berücksichtigung aller stillen Reserven zu erfolgen; es muss eine Ermittlung des noch vorhandenen Reinvermögens der Gesellschaft vorgenommen werden.

Erst wenn dieses Reinvermögen der Gesellschaft die Hälfte des satzungsmässigen Grundkapitals unterschreitet, hat eine Verlustanzeige gemäss § 92 I AktG zu erfolgen. Eine Ermittlung des Reinvermögens ist aber mit Hilfe der aktienrechtlichen Bewertungsvorschriften der §§ 153-156 AktG nicht möglich, so dass diese Vorschriften keine Berücksichtigung finden können. Von den sogenannten aktienrechtlichen Bilanzierungsvorschriften bleiben somit nur noch die Form- und Aufteilungsbestimmungen der §§ 151, 152 AktG übrig. Diese Gliederungsvorschriften haben jedoch keinen Einfluss auf das bilanzielle Ergebnis. Für eine Bilanz im Sinne von § 92 I AktG ist es letztendlich unerheblich, ob z.B. im Anlagevermögen eine vorhandene Beteiligung an einer dritten Unternehmung unter "Beteiligungen" im Sinne von § 151 I II B 1 AktG aufgeführt wird oder wegen § 152 II AktG unter "Wertpapiere des Anlagevermögens...", § 151 I II B 2, erfasst wird. Die §§ 151, 152 AktG haben bei Wegfall der §§ 153-156 AktG ihre Bedeutung bei der Feststellung des Verlustes im Sinne von § 92 I AktG verloren; die Beibehaltung ihrer Anwendung erscheint nicht mehr erforderlich.

Somit steht fest, dass für die Feststellung des Verlustes von mehr als der Hälfte des Grundkapitals die Grundsätze der Überschuldungsbilanz zur Anwendung zu bringen sind.

d) Liquidations- und Fortsetzungsbilanz

Ohne an dieser Stelle weiter auf die bei der Überschuldungsbilanz selbst vorhandenen erheblichen Probleme einzugehen, da dies den Rahmen dieser Arbeit überschreiten würde, ist jedoch die grundsätzliche Frage zu entscheiden, ob bei dem Ansatz der wahren Werte für die Ermittlung des Reinvermögens der Gesellschaft von voraussichtlichen "Liquidationswerten" oder "Fortsetzungswerten" ausgegangen werden sollte.

Bei einer Überschuldungsbilanz im Sinne von § 92 II AktG handelt es sich um einen Vermögensstatus, der von den Fortsetzungswerten auszugehen hat (121).

121) So die herrschende Ansicht

Mertens in Kölner Kommentar zum AktG, § 92, Rn 13.

Hefermehl in: Gessler-Hefermehl-Eckardt-Kropff, § 92, Rn 17.

Hirtz, S. 64.

Hundertmark-Herms in: BB 1972, S. 1119, die vom sogenannten "Reproduktionswert" im Vergleich zum "Realisationswert" sprechen.

Knorr in: Zentralprobleme des Insolvenzwesens 1959, S. 38, der eine Bilanz im Sinne von § 83 I AktG 1937 mit einer Vergleichsbilanz vergleicht.

Andere Ansicht

Kühn, DB 1970, S. 550.

Der Unterschied zwischen § 92 II AktG und § 92 I AktG liegt im Ausmass der Verschuldung. Bei § 92 II AktG deckt das Vermögen der Gesellschaft nicht mehr deren Schulden; sie ist also überschuldet. Bei § 92 I AktG ist ein Verlust eingetreten, der mindestens die Hälfte des Grundkapitals aufgebraucht hat: die Gesellschaft ist also in gewissem Umfang verschuldet. Wenn nunmehr bei Feststellung der Überschuldung von den Fortsetzungswerten auszugehen ist, müssen - a maiore ad minorem - erst recht bei der Feststellung der Verschuldung, der der Überschuldung vorgeschalteten Stufe, die Fortsetzungswerte zum Ansatz gebracht werden. Diese dürften in der Regel eine günstigere Bewertung zulassen, da z.B. bestimmte Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens unter Umständen einer fortgesetzten Gesellschaft in spezifischer Weise zu nützen in der Lage sind, bei einer Liquidation aber kein dem gerade für diese Gesellschaft spezifischen Zweck dieses Wirtschaftsgutes entsprechender Erlös zu erzielen sein wird und somit eine vorsichtigere Bewertung zu erfolgen hätte.

Daher ist bei der Feststellung des Verlustes im Sinne von § 92 I AktG von den Fortsetzungswerten auszugehen.

4. Einberufung der Hauptversammlung

Wenn der Vorstand zu der Ansicht gelangt ist, dass die tatbestandsmässigen Voraussetzungen des § 92 I AktG erfüllt sind, ist er verpflichtet, die Hauptversammlung einzuberufen und ihr von dem Verlust und dessen Höhe Kenntnis zu vermitteln. Wie bereits ausgeführt, ist die Bestimmung des § 92 I AktG zwingendes Recht. Eine etwaige Satzungsbestimmung, welche den Vorstand von der Verpflichtung des § 92 I AktG freistellen würde, wäre nichtig (122).

a. Tagesordnung

Bei der formellen Ausgestaltung seiner Einberufungs- und Anzeigepflicht muss der Vorstand besonders die Vorschriften über die Einladung zur Hauptversammlung und der mit ihr verbundenen Tagesordnung beachten. § 124 I AktG schreibt zwingend vor, dass die Tagesordnung einer Hauptversammlung zusammen mit der Einberufung bekanntgegeben werden muss. Nur über solche Gegenstände, die in der Tagesordnung ordnungsgemäss bekannt gemacht wurden, kann in der Hauptversammlung eine entsprechende Beschlussfolge herbeigeführt werden, § 124 IV AktG.

122) Siehe 2. Kapitel IV 1d) S. 46, Fussnote 55 und die dort aufgeführten Nachweise.

Die sich hieraus ergebenden konkreten Folgen für eine gemäss § 92 I AktG einzuberufende Hauptversammlung liegen auf der Hand: Unterlässt es der Vorstand, in die Tagesordnung eine Formulierung wie etwa "Anzeige gemäss § 92 I AktG über einen Verlust von ... % des Grundkapitals" aufzunehmen, ist die Hauptversammlung nicht in der Lage, notwendige Beschlüsse über zu treffende Massnahmen zu fassen. In diesem Fall würde die Verlustanzeige ins Leere laufen und ihr Zweck wäre verfehlt. Eine sodann notwendige erneute Anzeige wäre nicht mehr unverzüglich und damit rechtzeitig im Sinne von § 92 I AktG (123).

Daher muss die Anzeige gemäss § 92 I AktG in der Tagesordnung enthalten sein (124), d.h. der Zweck der Einberufung muss klar und eindeutig

123) Baumbach-Hueck, AktG, § 92, Rn 5.

Hefermehl in: Gessler-Hefermehl-Eckardt-Kropff, § 92, Rn 8.

Mertens in Kölner Kommentar zum AktG, § 92, Rn 5.

124) Allgemeine Ansicht

Baumbach-Hueck, AktG, § 92, Rn 5.

Hefermehl in: Gessler-Hefermehl-Eckardt-Kropff, § 92, Rn 8.

Mertens in Kölner Kommentar zum AktG, § 92, Rn 5.

Meyer-Landrut in: Grosskommentar AktG, 3. Aufl., Anm. 4 zu § 92 AktG.

Godin-Wilhelmi, Anm. 6 zu § 92 AktG.

zum Ausdruck gebracht werden (125).

b. Mögliche Massnahme

Zweck der Einberufung der Hauptversammlung und der dort zu erstattenden Anzeige ist einmal die Unterrichtung der Aktionäre über den gefährdeten Vermögensstand der Aktiengesellschaft; sodann soll die Hauptversammlung die notwendigen Massnahmen erörtern und möglicherweise eine Beschlussfassung herbeiführen (126). Gemäss § 124 III AktG kann eine Beschlussfassung nur über die Gegenstände der Tagesordnung erfolgen, zu denen Vorstand und Aufsichtsrat ebenfalls in der Bekanntmachung der Tagesordnung konkrete Vorschläge hinsichtlich möglicher Beschlüsse gemacht haben (127).

125) Godin-Wilhelmi, 4. Aufl., Anm. 6 zu § 92 AktG; diese lassen zutreffenderweise eine Ankündigung wie z.B. "Beschlussfassung über die Beschaffung von weiteren Mitteln" nicht ausreichen.

126) Allgemeine Ansicht

Baumbach-Hueck, AktG, § 92, Rn 5.

Hefermehl in: Gessler-Hefermehl-Eckardt-Kropff, § 92, Rn 10

Mertens in Kölner Kommentar zum AktG, § 92, Rn 5.

Godin-Wilhelmi, 4. Aufl., Anm. 6 zu § 92 AktG.

Meyer-Landrut in: Grosskommentar AktG, 3. Aufl., Anm. 4 zu § 92 AktG.

127) Herrschende Ansicht

Eckardt in: Gessler-Hefermehl-Eckardt-Kropff, § 124, Rn 26.

Baumbach-Hueck, AktG, § 92, Rn 5.

Meyer-Landrut in: Grosskommentar AktG, 3. Aufl., Anm. 4 zu § 92 AktG.

Andere Ansicht

Mertens in Kölner Kommentar zum AktG, § 92, Rn 5, jedoch ohne Begründung.

Allerdings ist die Hauptversammlung an diese Vorschläge nicht gebunden; sie dienen vielmehr nur der Vorinformation der Aktionäre und sollten Diskussionsgrundlage sein. Falls Vorstand und Aufsichtsrat ihrer Verpflichtung aus § 124 III AktG nicht nachkommen, wäre eine erneute Hauptversammlung notwendig, damit diese in die Lage versetzt wird, nunmehr notwendige Beschlüsse zu fassen. Auch in einem solchen Fall ist dann die Verlustanzeige nicht mehr unverzüglich und damit rechtzeitig im Sinne von § 92 I AktG.

Daneben ist der Vorstand gemäss § 83 I 1 AktG verpflichtet, auf Verlangen der Hauptversammlung, entsprechende Massnahmen vorzubereiten, da Beschlüsse der Hauptversammlung gewöhnlich vorbereitet werden müssen. Hierbei ist insbesondere an eine Kapitalherabsetzung zu denken (128).

V. Die Verletzung der Pflichten aus § 92 I AktG

1. Haftung

Unterlässt es der Vorstand, eine Hauptversammlung einzuberufen und die gemäss § 92 I AktG notwendige Anzeige zu erstatten, obwohl die Voraussetzungen des § 92 I AktG gegeben sind, ist er grundsätzlich

128) Hefermehl in Gessler-Hefermehl-Eckardt-Kropff, § 92, Rn 10.

schadensersatzpflichtig, falls er diese Unterlassung zu vertreten hat (129). Der Gesellschaft gegenüber haften die Vorstandsmitglieder gemäss § 93 II 1 AktG. Sie sind bei Pflichtverletzung der Gesellschaft gegenüber zum Ersatz des aus ihrer Pflichtverletzung entstandenen Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet, wobei sie wegen § 93 II 2 AktG die Beweislast trifft, dass sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben. Durch diese teilweise Umkehrung der Beweislast ist eine Verschärfung der Haftung vorgenommen worden, da im Prozessfall eine erfolgreiche Exkulpation nur erschwert möglich sein dürfte.

Bei der Festsetzung der Schadenshöhe ist davon auszugehen, dass als Schaden die weitere zusätzliche Verschlechterung der finanziellen Verhältnisse der Gesellschaft zu gelten hat, die der Vorstand durch seine rechtzeitige Anzeige hätte verhindern können (130).

129) Allgemeine Ansicht

Baumbach-Hueck, AktG, § 92, Rn 2.

Godin-Wilhelmi, 4. Aufl., Anm. 1 zu § 92 AktG.

Meyer-Landrut in: Grosskommentar AktG, 3. Aufl., Einleitung zu § 92 AktG.

Hefermehl in: Gessler-Hefermehl-Eckardt-Kropff, § 92, Rn 11.

Mertens in Kölner Kommentar zum AktG, § 92, Rn 2.

130) Mertens in Kölner Kommentar zum AktG, § 92, Rn 34.

Den Aktionären gegenüber haftet der Vorstand für den ihnen entstandenen Schaden gemäss § 823 II BGB i.V.m. § 92 I AktG. Diese Haftung ergibt sich zwingend, wenn man § 92 I AktG als Schutzgesetz im Sinne von § 823 II BGB ansieht (131). Es ist jedoch fraglich, ob die Haftung des Vorstandes gegenüber den Aktionären unabhängig neben seiner Haftung gemäss § 93 II AktG gegenüber der Gesellschaft besteht, er also einer Doppelhaftung ausgesetzt ist.

Unter "Doppelhaftung" ist in diesem Sinne jedoch der konkrete Schadensfall zu subsumieren, bei dem der, der Gesellschaft entstandene Schaden identisch mit dem bei dem Aktionär entstandenen Schaden ist. Das ist vor allem bei dem Schaden der Fall, den der Aktionär durch eine Schädigung des Gesellschaftsvermögens im inneren Wert seiner Aktien erleidet. Es handelt sich also um eine Identität zwischen Kollektivschaden der Gesellschaft und Individualschaden des einzelnen Aktionärs. Nur für diesen Fall ergibt sich das Problem der Doppelhaftung. Kein Fall der Doppelhaftung dagegen ist es, wenn durch Fehlverhalten des Vorstandes das Gesellschaftsvermögen verringert wird und hierdurch ein Kursverlust der Aktie des einzelnen Aktionärs entsteht (132).

131) Siehe 2. Kapitel, III. 2), S. 33 ff.

132) Hefermehl in: Gessler-Hefermehl-Eckardt-Kropff, § 93, Rn 96.
Mertens in Kölner Kommentar zum AktG, § 93, Rn 88
ebenso das Reichsgericht in RGZ 157, 218.

Zur echten Doppelhaftung wird die Ansicht vertreten, dass der Aktionär auf Grund dieses Schadensersatzes einen überproportionellen Wertzuwachs erhalten würde, der durch nichts gerechtfertigt sei. Gleichzeitig müsste der Schädiger, soweit er direkt gegenüber der Gesellschaft und nochmals gegenüber den Aktionären verpflichtet wäre, den gleichen Schaden zweifach begleichen, während die Aktionäre unmittelbaren Ersatz als Gesellschaftsmitglieder, somit als Wertträger des Gesellschaftsvermögens erhielten (133). Daher wird teilweise eine Doppelhaftung für den gleichen Schaden ausgeschlossen (134).

Dieser Meinung ist jedoch nicht zuzustimmen. In Wirklichkeit ist eine vollkommene Kongruenz von Aktionärsschaden und Gesellschaftsschaden nicht vorhanden.

133) Martens, a.a.O., S. 279.

134) Schlegelberger-Quassowski, a.a.O., Anm. 30 zu § 84 AktG 1937.

Schilling in: Grosskommentat AktG, 2. Aufl., Anm. 73 zu § 84 AktG 1937.

Hefermehl in: Gessler-Hefermehl-Eckardt-Kropff, § 93, Rn 97.

Andere Ansicht:

Baumbach-Hueck, AktG, § 93, Rn 4.

Mertens in Kölner Kommentar zum AktG, § 93, Rn 88, 89.

Andernfalls müsste mit Ersatz des Gesellschaftsschadens der Schaden des Aktionärs eo ipso entfallen. Veruntreut der Vorstand z. B. gesellschaftseigene Mittel und erleidet hierdurch der Kurs der Aktien des Unternehmens eine Einbusse, so ist keineswegs der Aktionärsschaden mitabgegolten, wenn die veruntreuten Mittel der Gesellschaft zurückerstattet werden, aber gleichzeitig eine entsprechende Reaktion im Börsenkurs der Aktie (noch) nicht eintritt. In diesem Fall verbleibt dem Aktionär ein Schaden in Höhe des nunmehrigen Minderwertes seiner Aktie, und er muss die Möglichkeit haben, diesen über den unmittelbaren Schaden der Gesellschaft hinausgehenden weiteren Schaden ersetzt zu bekommen.

Deshalb sind Gesellschaftsschaden und Aktionärsschaden grundsätzlich auseinanderzuhalten und dem Aktionär die entsprechenden Ansprüche zu erhalten, ausser die Befriedigung deckt den bei dem Aktionär entstandenen Schaden zur Gänze ab (135).

Verletzt der Vorstand vorsätzlich die ihm obliegende Anzeigepflicht gemäss § 92 I AktG, so haftet er daneben den Aktionären auch gemäss § 826 BGB. Zum Vorsatz gehört das Bewusstsein des schädigenden Erfolges. Die für § 826 BGB notwendige Sittenwidrigkeit ist in derartigen Fällen immer gegeben, da eine vorsätzliche Verletzung von § 92 I AktG "gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstösst". (135a).

135) Im Ergebnis ebenso

Baumbach-Hueck, AktG, § 93, Rn 4
Mertens in Kölner Kommentar zum AktG, § 93, Rn 8.

135a) RGZ 48, 114.

Die strafrechtliche Verantwortung des Vorstandes bei Unterlassung einer gemäss § 92 I AktG notwendigen Anzeige bestimmt sich nach § 401 I Ziff. 1 AktG. Hiernach kann der Vorstand bei vorsätzlicher Verletzung seiner Pflicht gemäss § 92 I AktG mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft werden, wohingegen bei einer fahrlässigen Pflichtverletzung gemäss § 401 II AktG ein Freiheitsentzug bis zu einem Jahr oder Geldstrafe vorgesehen ist. In der Literatur herrscht Uneinigkeit darüber, ob § 401 I Ziff. 1 AktG auch ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 II BGB zugunsten eines jeden Dritten ist, der tatsächliche oder rechtliche Beziehungen zur Gesellschaft hat. Eine nähere Erörterung dieses Problems ginge jedoch über den Rahmen dieser Arbeit hinaus (136).

136) So vertritt Klug in: Grosskommentar AktG, 3. Aufl., Anm. 2 zu § 401 AktG die Ansicht, dass § 401 Schutzgesetz im Sinne von § 823 II BGB zugunsten der Gesellschaft, der Gesellschaftsgläubiger, der Aktionäre und sonstiger Dritter, die zur Gesellschaft in rechtlicher oder wirtschaftlicher Beziehung stehen, ist. Seiner Meinung nach ist eine Beschränkung der Schutzfunktion des § 401 I Ziff. 1 AktG lediglich auf Gesellschaft und Aktionäre mit der Sozialbindung des Art. 14 GG und der Informationsfunktion der Hauptversammlung nicht in Übereinklang zu bringen.

Hiergegen haben sich Baumbach-Hueck, AktG, § 401, Rn 2, unter Bezugnahme auf RGZ 159, 233 und BGH NJW 59, 624 ausgesprochen. Ihrer Ansicht nach ist § 401 AktG nicht Schutzgesetz im Sinne von § 823 II BGB für jeden Dritten, der in rechtlicher oder wirtschaftlicher Beziehung zur Gesellschaft steht.

Der Ansicht von Baumbach-Hueck ist zuzustimmen; so hat das RG für § 315 I HGB in der eben zitierten Entscheidung festgehalten, dass "...die genannten Vorschriften ... nicht zum Schutz beliebiger Dritter dienen." Im gleichen Sinne äussert sich der BGH zu § 64 I GmbHG in der vorstehend aufgeführten Entscheidung.

§ 401 I Ziff. 1 AktG ist ein echtes Unterlassungsdelikt; die für die Tatbestandsmässigkeit notwendige Unterlassung von Pflichten zum Handeln ist hierbei in dem Unterlassen der Anzeige und Einberufungspflicht zu sehen.

2. Erzwingung

Auf Grund des bis zur Aktienreform 1937 gültigen § 319 HGB konnten die Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft zur Befolgung ihrer Anzeige- und Einberufungspflicht durch Ordnungsstrafe angehalten werden (137). Bei der Kodifizierung des AktG in den Jahren 1937 bzw. 1965 wurde die Möglichkeit, den Vorstand mit einer Ordnungsstrafe zur Erfüllung seiner Pflicht gemäss § 92 I AktG anzuhalten, ersatzlos aufgehoben (138). Diese Regelung erscheint nicht zufriedenstellend. Durch die Möglichkeit der Androhung eines Zwangsgeldes gegenüber dem Vorstand war der Aktionär wahrscheinlich besser geschützt als allein durch Schadensersatzansprüche, deren prozessuale Geltendmachung mancher Aktionär scheut, ganz abgesehen von dem Risiko, dass sein Kontrahent aus

137) § 319 HGB lautete wie folgt: "Die Mitglieder des Vorstandes ... sind zur Befolgung der in § 240 I, ... enthaltenen Vorschrift ... durch Ordnungsstrafe anzuhalten".

138) § 407 I sieht enumerativ Möglichkeiten der Auferlegung von Zwangsgeldern vor; für § 92 I AktG ist die Möglichkeit nicht vorgesehen.

wirtschaftlichen Gründen den von ihm verschuldeten Schaden nicht mehr gutmachen könnte. Darüberhinaus ist kein sachlicher Differenzierungsgrund ersichtlich, warum z.B. die Einhaltung der in § 90 AktG statuierten Verpflichtung des Vorstandes zur regelmässigen Berichterstattung an den Aufsichtsrat gemäss § 407 I AktG durch die Verhängung von Zwangsgeld erzwungen werden kann, eine entsprechende Möglichkeit für die in § 92 I AktG vorgesehene Anzeigeverpflichtung jedoch nicht vorhanden ist. Da, wie bereits aufgezeigt, die Existenz eines die Verlustanzeigeverpflichtung des Vorstandes auslösenden Verlustes in der Regel den Vorstand auch gemäss § 90 AktG zur Berichterstattung an den Aufsichtsrat verpflichtet, es sich somit in beiden Fällen um die Information eines Organs der AG handelt, ist es nicht verständlich, warum die Information der Hauptversammlung nach § 92 I AktG hinsichtlich der Erzwingbarkeit als geringwertiger angesehen wird als die Information des Aufsichtsrates nach § 90 AktG. Deshalb sollte auch für die Verpflichtung des Vorstandes aus § 92 I AktG eine Möglichkeit zur Durchsetzung durch Verhängung von Zwangsgeld gesetzlich verankert werden. (139).

Falls ein Registergericht entgegen § 407 AktG dennoch ein Zwangsgeld verhängen sollte, um den Vorstand zur Anzeigepflicht gemäss § 92 I AktG zu veranlassen, muss hiergegen, entgegen der Vorschrift des § 132 II FGG, das Rechtsmittel der Beschwerde eingelegt werden können, da das Ordnungsstrafverfahren als solches überhaupt unzulässig war.

139) Bezüglich konkreter Formulierungsvorschläge siehe 4. Kapitel, II s. 140.

VI. Zusammenfassung des 2. Kapitels

Die Untersuchung der historischen Entwicklung der Vorschrift des § 92 I AktG hat ergeben, dass im Zeitraum der letzten 100 Jahre immer strengere Anforderungen an den Vorstand gestellt werden, die schliesslich in der klar normierten heute geltenden Fassung ihren Niederschlag gefunden haben. Eine echte Parallelvorschrift im deutschen Recht kann wohl nur in § 49 III GmbHG bzw. (noch) § 74 I des Regierungsentwurfes für ein neues GmbHG gesehen werden. Bezüglich des Normzweckes des § 92 I AktG ist festzuhalten, dass diese Vorschrift zugunsten der Aktionäre als Gesellschaftsmitglieder ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 II BGB ist. Hinsichtlich der tatbestandsmässigen Voraussetzungen des § 92 I AktG herrscht weitgehend Einmütigkeit mit Ausnahme der Frage der Feststellung bzw. Errechnung des Verlustes von mindestens der Hälfte des Grundkapitals. Diese hat unter Auflösung aller stillen Reserven und Rücklagen zu erfolgen. Hierbei haben unter Ausschluss der §§ 151 ff. AktG die Grundsätze für die Erstellung einer Überschuldungsbilanz entsprechend zur Anwendung zu kommen. Bei Verletzung der Pflichten aus § 92 I AktG tritt neben die zivilrechtliche Haftung des Vorstandes gemäss §§ 93 II 2 AktG, 823 II BGB i. V. m. § 92 I AktG und 826 BGB auch eine strafrechtliche Verantwortung gemäss § 401 I Ziff. 1 AktG.

Eine Androhung und Verhängung von Zwangsgeld gegenüber dem Vorstand zur Herbeiführung der Verlustanzeige, ist nach der bestehenden Gesetzeslage nicht zulässig, ~~sondern~~ jedoch durch eine Änderung des § 407 AktG ermöglicht werden.

DRITTES KAPITEL

Vergleichbare Bestimmungen des europäischen und US-amerikanischen Rechts zu § 92 I AktG.

Gegenstand dieses Kapitels ist eine Untersuchung verschiedener europäischer Rechtsordnungen sowie der Rechtslage in den Vereinigten Staaten von Amerika, ob eine eventuelle Parallelvorschrift zu § 92 I AktG aufgefunden werden kann. Die Untersuchung zum europäischen Recht beschränkt sich auf die Vorschriften Frankreichs, der Türkei, der Schweiz, Italiens sowie der Vorlage der Kommission der Europäischen Gemeinschaften. Bei der Untersuchung der amerikanischen Rechtslage werden die entsprechenden Vorschriften der "Securities and Exchange Commission" (S.E.C.) dargelegt werden.

I. Das französische Aktienrecht

Das französische Gesellschaftsrecht ist in seiner Struktur und seinem Aufbau dem deutschen Gesellschaftsrecht sehr ähnlich. Ausgangspunkt des französischen Gesellschaftsrechts ist der Code de Commerce, dessen letzte offizielle Ausgabe im Jahre 1841 erschienen ist. Flankierend und ergänzend stehen ihm zwischenzeitlich ergangene Zusatzgesetze zur Seite, darunter auch das Gesetz vom 24. Juli 1966.

Bis zum Erlass des Gesetzes vom 24. Juli 1966 war der französischen Société Anonyme die Trennung von Exekutivorgan und Kontrollorgan unbekannt. Einziges Organ der Gesellschaft war der Verwaltungsrat, der sogenannte "Conseil d'Administration" (140).

Durch das Gesetz vom 24. Juli 1966 wurde dem eingliedrigen Aufbau der Aktiengesellschaft, der bisher allein rechtens war, fakultativ eine dem deutschen Aktienrecht entsprechende Regelung zur Seite gestellt (141).

140) Art. 1 des Gesetzes vom 16. November 1940.

141) Art. 118 ff. des Gesetzes vom 24. Juli 1966.

Ein sogenanntes "Directoire" leitet nunmehr als Exekutivorgan die Geschäfte der Gesellschaft (142). Dieses "Directoire" kann mit dem deutschen Vorstand verglichen werden. Die Kontrolle über das "Directoire" übt der sogenannte "Conseil de Surveillance" aus (143). Die Rechte und Pflichten der Mitglieder des "Conseil de Surveillance" entsprechen in etwa denen des Aufsichtsrates einer deutschen Aktiengesellschaft. Entscheidet sich eine Société Anonyme für den zweigliedrigen Aufbau, so ist dies in ihrer Satzung festzuhalten.

Die mit § 92 I AktG vergleichbare Bestimmung des französischen Rechtes ist Art. 241 des Gesetzes vom 24. Juli 1966 in der Fassung des Änderungsgesetzes vom 6. Januar 1969 (144). Die für diese Untersuchung wesentlichen Bestimmungen des Art. 241 haben folgenden Wortlaut:

- (I) "Tritt auf Grund der in den Buchhaltungsunterlagen festgestellten Verluste ein Absinken des Nettovermögens (Aktiv net) der Gesellschaft unter den Betrag von einem Viertel des Stammkapitals (=Grundkapital) ein, so sind der Verwaltungsrat oder das Direktorium, je nach Lage verpflichtet, innerhalb von vier Monaten nach Billigung des Abschlusses, der diesen Verlust aufgezeigt hat, eine ausserordentliche Generalversammlung (Hauptversammlung) zur Entscheidung darüber einzuberufen, ob die Gesellschaft vorzeitig aufgelöst werden soll.

142) Art. 119 des Gesetzes vom 24. Juli 1966.

143) Art. 128 des Gesetzes vom 24. Juli 1966.

144) Gesetz Nr. 69-12 vom 6. Januar 1969.

- (II) Wird die Auflösung nicht erklärt, so ist die Gesellschaft verpflichtet, spätestens bis zum Abschluss des zweiten Geschäftsjahres, das auf dasjenige folgt, in welchem die Feststellung der Verluste getroffen wurde, sowie vorbehaltlich der Bestimmungen des Art. 71, das Stammkapital mindestens um den Betrag zu verringern, der den nicht aus den Rückstellungen zu berichtigenden Verlusten entspricht, sofern nicht innerhalb dieser Frist das Nettovermögen bis mindestens in Höhe des Betrages von einem Viertel des Stammkapitals wieder hergestellt wurde.
- (III) In beiden Fällen ist der von der Generalversammlung gefasste Beschluss nach den durch Dekret festgelegten Vorschriften zu veröffentlichen.
- (IV) Findet eine Generalversammlung nicht statt oder kann diese auch in der letzten Einberufung keine wirksamen Beschlüsse fassen, so kann jeder ~~derer~~ *Interessierte* *gerichtlich* die Auflösung der Gesellschaft beantragen.
- (V) Die Bestimmungen dieses Artikels sind nicht anzuwenden auf Gesellschaften, die sich im gerichtlichen Vergleichsverfahren befinden oder einem Verfahren mit der vorläufigen Einstellung von Vollstreckungen unter Bereinigung der Gesamtverbindlichkeiten unterliegen." (144a).

In Ergänzung zu Art. 241 III schreibt das Dekret Nr. 69-1226 vom 24. Dezember 1969 vor, dass diese Beschlüsse bei der Geschäftsstelle des für die Gesellschaft zuständigen Handelsgerichtes zu hinterlegen

144a) Beglaubigte Übersetzung des öffentlich bestellten und beeidigten Übersetzers für die französische Sprache Rieck vom 10. Februar 1977.

und im Handelsregister zu veröffentlichen sind; ferner müssen sie in einem Gesellschaftsblatt nochmals veröffentlicht werden (145). Eine Gesellschaft ist auch dann verpflichtet, ihre Beschlüsse zu veröffentlichen, wenn zwischenzeitlich bis zur Abhaltung der Hauptversammlung die finanzielle Lage von ihr selbst wieder bereinigt wurde und das Nettovermögen wieder mehr als ein Viertel des Grundkapitals betragen hat (146).

Art. 459 des Gesetzes vom 24. Juli 1966 in der Fassung des Gesetzes vom 6. Januar 1969 hält die Strafbestimmungen fest. Er entspricht in etwa § 401 AktG, auch wenn sein Strafraum erheblich geringer gefasst ist. Mit Gefängnis von 2 bis zu 6 Monaten und einer Geldstrafe von 2.000 bis 20.000 FF bzw. mit einem von beiden können der Präsident oder die Verwaltungsorgane einer Aktiengesellschaft bestraft werden, die falls das Nettovermögen der Gesellschaft auf Grund der Buchhaltungsunterlagen unter den Betrag von einem Viertel des Grundkapitals abgesunken ist, wissentlich:

145) Siehe Art. 197 des Dekretes Nr. 69-1226 vom 24. September 1969.

146) Journal Officiel, Débats Assemblée Nationale vom 7. Februar 1970, S. 319.

- a. Innerhalb der gemäss Art. 241 I vorgesehenen 4-Monatsfrist nicht eine Hauptversammlung einberufen haben, damit diese über die Auflösung der Gesellschaft beschliessen kann;
- b. Die in der Hauptversammlung gefassten Beschlüsse nicht bei der Geschäftsstelle des Handelsgerichtes hinterlegt, ins Handelsregister eingetragen und in einem Gesellschaftsblatt veröffentlicht haben.

Strafbar ist also lediglich die Nichteinberufung der Hauptversammlung bzw. die Nichtveröffentlichung der dort gefassten Beschlüsse. Eine Strafbarkeit der Nichteinhaltung der sonstigen Tatbestände des Art. 241 war nicht notwendig, da insoweit die Folgen im Gesetz selbst festgehalten sind.

Im französischen Aktienrecht findet sich also in Art. 241 des Gesetzes vom 24. Juli 1966 eine korrespondierende Vorschrift zu § 92 I AktG. Die Einschaltung der Hauptversammlung ist zwingend, wenn nach Anrechnung der Verluste auf die offenen Reserven, die Rückstellungen und eines eventuellen Disagios mehr als $\frac{3}{4}$ des Grundkapitals verloren sind (147).

147) Lefébvre: Memento pratique des Sociétés commerciales; Ausgabe 1974, S. 910, Rdnr. 3277.

Hierbei wird einzig und allein auf das Nettobuchvermögen, ohne Berücksichtigung der stillen Reserven abgestellt, welches weniger als ein Viertel des Grundkapitals betragen muss, um die Folgen des Art. 241 zur Anwendung zu bringen (148). Unter Grundkapital im Sinne dieser Vorschrift wird grundsätzlich das in der Bilanz ausgewiesene Kapital verstanden (149). Der vorzunehmende Vergleich zwischen Nettobuchvermögen und Grundkapital hat grundsätzlich zum Ende eines Geschäftsjahres zu erfolgen (150). Einer Höherbewertung der Aktiva im Rahmen der für eine französische Aktiengesellschaft vorgesehenen Bilanzierungs- und Bewertungsvorschriften scheint der Gesetzeswortlaut nicht entgegenzustehen.

-
- 148) Lefébvre, a.a.O., S. 910
Journal Officiel, Débats parlementaires, 19. Dezember 1968, S. 5631; ebenso Hémar, Terré et Maillat in: "La dixième Réforme du Droit des Sociétés commerciales", S. 52, die von einem "valeur de réalisation" sprechen.
Ferner: Rouen in: Journal des Sociétés, 1910, S. 209
und Albertville in: Journal des Sociétés, 1960, S. 9.
- 149) Constantin: Droit Pénal des Sociétés par actions, S. 860 und ebenso Touffait: Délit et Sanction dans les Sociétés, S. 505.
- 150) So die herrschende Meinung, Lefébvre, a.a.O., S. 911 auch wenn das Gesetz nur von "pertes constatées dans les documents comptables" im Gegensatz zu dem im Entwurf vorgesehenen Wortlaut "d'apprécier l'actif net à la clôture d'un exercice" spricht.
- Andere Ansicht: Hémar, Terré et Maillat, a.a.O., S. 53.
Bosvieux in: Journal des Sociétés, Mai/Juni 1974:
De la Réduction de la Valeur de l'Actif Net au-dessous d'un Montant correspondant au Quart du Capital Social, S. 136.

Allerdings muss hierbei mit grösster Vorsicht vorgegangen werden (151). Eine Vertiefung der Untersuchung dieser Frage, insbesondere im Hinblick auf die im deutschen Recht so umstrittene Problematik der anzuwendenden Bilanzierungs- und Bewertungsvorschriften würde jedoch den Rahmen dieser Arbeit überschreiten.

Sind also die vorbezeichneten Voraussetzungen zu bejahen, muss innerhalb von vier Monaten nach Ende des Geschäftsjahres eine ausserordentliche Hauptversammlung einberufen werden, die darüber zu entscheiden hat, ob die Gesellschaft vorzeitig aufgelöst wird. Entscheidet sich die Hauptversammlung für die Fortsetzung der Gesellschaft, so muss innerhalb dreier Kalenderjahre seit Beendigung des Geschäftsjahres, in welchem das Nettovermögen unter ein Viertel des Grundkapitals der Gesellschaft abgesunken ist, der eingetretene Verlust insoweit ausgeglichen sein, dass das Nettovermögen der Gesellschaft wieder mindestens einem Viertel des ausgewiesenen Grundkapitals entspricht. Allerdings muss das verbleibende Grundkapital den in Art. 71 I des Gesetzes vom 24. Juli 1966 vorgeschriebenen Mindestbetrag erreichen (152).

151) Bosvieux, a.a.O., S. 136.

Dictionnaire Joly, S.A.R.L. Réduction du Capital, S. 93 bezüglich Art. 68 des Gesetzes vom 24. Juli 1966, der entsprechenden Parallelvorschrift zu Art. 241 für eine französische S.A.R.L. (=GmbH).

152) Gemäss Art. 71 I des Gesetzes vom 24. Juli 1966 hat das Grundkapital einer Aktiengesellschaft mindestens 100.000, -- FF zu betragen. Werden die Aktien der entsprechenden Gesellschaft an der Börse gehandelt, so beträgt der Mindestnennbetrag 500.000, -- FF.

Gelingt der Gesellschaft eine entsprechende Verlustausgleichung nicht, ist sie verpflichtet, zum vorstehend aufgezeigten Zeitpunkt das Grundkapital um den Differenzbetrag zu reduzieren, um den der Verlust nicht bis mindestens zu einem Viertel des Grundkapitals ausgeglichen wurde.

Falls eine Hauptversammlung nicht einberufen wird, bzw. eine einberufene Hauptversammlung nicht beschlussfähig ist, kann jeder interessierte Dritte gerichtlich die Auflösung der Gesellschaft beantragen. (152a). Eine Hauptversammlung ist dann beschlussfähig, wenn in ihrer ersten Versammlung die erschienenen Aktionäre bzw. deren Vertreter mindestens die Hälfte des Aktienkapitals vertreten (153). Wird dieses Quorum nicht erreicht, muss erneut eine Hauptversammlung einberufen werden, in welcher mindestens ein Viertel des gesamten Grundkapitals vertreten sein muss. In beiden Versammlungen können Beschlüsse nur mit einer Mehrheit von mindestens $2/3$ der abgegebenen Stimmen gefasst werden (154).

152a) Cour de Cassation, Chambre Commerciale vom 12. November 1973 in: Recueil Dalloz 1974, Som. 12 und ebenso in Revue des Sociétés, 74.531 mit Anm. von Hémard.

153) Siehe Art. 153 II des Gesetzes vom 24. Juli 1966.

154) Siehe Art. 153 III des Gesetzes vom 24. Juli 1966.

Im übrigen ist das Gesetz sehr formalistisch und verlangt, dass ein ausdrücklicher Beschluss darüber gefasst wird, ob die Gesellschaft weitergeführt wird oder nicht (155). Unter dem Begriff des "tout intéressé" sind sowohl die Aktionäre als auch die Gesellschaftsgläubiger zu verstehen (156). In der Regel entscheidet über die Klage das Handelsgericht, in dessen Gerichtsbezirk die Gesellschaft registriert ist. Bei ordnungsgemässer Vereinbarung ist jedoch auch eine schiedsgerichtliche Entscheidung möglich (157). Das zur Entscheidung angerufene Gericht entscheidet nach freiem Ermessen, ob die Gesellschaft aufgelöst werden wird oder nicht (158).

-
- 155) Siehe den Wortlaut des Art. 241 I letzter Halbsatz:
"a l'effet de décider s'il y a lieu à dissolution anticipée de la société".
Ebenso: Réponse du Ministère de la Justice, Journal Officiel, Débats Assemblée Nationale, 7. 2. 1970, S. 319.
- 156) Jurisclasser périodique CI 76 Nr. 11831, ebenso Jurisclasser des Sociétés, Band 80, S. 13;
Paris 2. April 1947, Ogier d'Ivry ./. Blanchisserie Grisel (unveröffentlicht).
- 157) Bulletin des Arrêts de la Cour de Cassation 1961, S. 207.
- 158) Tribunal de Commerce Seine vom 15.1.1968 in:
Revue Jurisprudence Commerciale 1968, S. 132.
Cour de Cassation, Chambre Commerciale vom 9.11.1955 in: Bulletin des Arrêts de la Cour de Cassation III 1955 Nr. 312.

Die Bestimmungen des Art. 241 finden keine Anwendung auf Gesellschaften, die sich im Stadium des Vergleichsverfahrens bzw. in einem Verfahren der vorläufigen Einstellung von Vollstreckungen unter Bereinigung der Gesamtverbindlichkeiten befinden (159).

II. Das türkische Aktienrecht

Art. 324 I des türkischen Aktienrechts lautet:

"Wenn sich aus der letzten Jahresbilanz ergibt, dass die Hälfte des Grundkapitals nicht mehr gedeckt ist, so hat der Verwaltungsrat der Generalversammlung, die unverzüglich zu tagen hat, den Sachverhalt mitzuteilen." (159a).

Diese Regelung ist § 92 I AktG sehr ähnlich. Allerdings stellt sie nur auf einen sich aus der Jahresbilanz ergebenden Verlust ab; die im deutschen Recht

-
- 159) Das "Verfahren der vorläufigen Einstellung von Vollstreckungen unter Bereinigung der Gesamtverbindlichkeiten" findet in korrespondierender Art im deutschen Recht keine unmittelbare Parallele.
Gemäss Art. 1 der Verordnung Nr. 67-820 vom 23. September 1967, kann für Gesellschaften, die sich in schwierigen finanziellen Verhältnissen befinden, welche jedoch nicht unheilbar erscheinen, ein Plan zur Einstellung von Vollstreckungen unter Bereinigung von Gesamtverbindlichkeiten aufgestellt werden.
Gemäss Art. 11 dieser Verordnung kann eine Einstellung von Vollstreckungen für einen Höchstzeitraum von 4 Monaten erreicht werden; gemäss Art. 27 dieser Verordnung muss die Bereinigung der Gesamtverbindlichkeiten innerhalb von 3 Jahren abgeschlossen sein.
- 159a) Übersetzung entnommen aus Hirsch, Türkisches Aktienrecht, S. 69.

seit der Kodifizierung des § 240 HGB vorgenommenen Änderungen hat das türkische Recht bis jetzt nicht nachvollzogen (160).

III. Das Schweizer Aktienrecht

Art. 725 I des schweizerischen Obligationenrechts lautet:

"Zeigt die letzte Jahresbilanz, dass die Hälfte des Grundkapitals nicht mehr gegeben ist, so muss die Verwaltung unverzüglich eine Generalversammlung einberufen und diese von der Sachlage unterrichten."

Auch die Regelung im Schweizer Recht zeigt stark verwandte Züge zu § 92 I AktG. Trotz des Wortlautes sollen diese Grundsätze ebenfalls Gültigkeit haben, falls sich der Verlust aus einer Zwischenbilanz ergibt (161).

160) Hirsch, Zeitschrift für Schweizer Recht 1905, 107. Sowill allerdings, ohne Begründung, die Formulierung "aus der Jahresbilanz" mit "bei der Aufstellung der Jahresbilanz" interpretiert wissen. Insoweit ist also, zumindest im Wege der Auslegung, eine Angleichung an die deutsche Rechtslage vorgenommen worden.

161) Schucany in: Kommentar zum Schweizer Aktienrecht S. 166, Anm. 1 zu Art 725 OR.

IV. Das italienische Aktienrecht

Art. 244 6 I des italienischen Codice Civile sieht vor, dass der Vorstand einer Aktiengesellschaft unverzüglich die Hauptversammlung einzurufen hat, und ihr einen Bericht über die Lage des Gesellschaftsvermögens zu erstatten hat, falls Verluste eingetreten sind, die das Grundkapital um mehr als ein Drittel vermindert haben, damit die Hauptversammlung angebrachte Massnahmen trifft. Hierbei dürfte es sich bei den "angebrachten Massnahmen" im Sinne von Art. 2446 I Codice Civile wohl um eine Kapitalherabsetzung oder um eine gleichzeitige Verminderung und Kapitalruckerhöhung mittels neuer von aussen kommender Mittel handeln (162). Gemäss Art. 2446 II Codice Civile muss eine Kapitalherabsetzung erfolgen, wenn in dem der Verlustfeststellung folgenden Geschäftsjahr der Verlust nicht mindestens unter ein Drittel des Grundkapitals absinkt.

Sollte der Verlust von mehr als einem Drittel des Grundkapitals bewirken, dass dieses unter das gesetzliche Minimum absinkt (163), muss der Vorstand

162) Frè in: Società per Azioni, Commentario del Codice Civile, 3. Aufl., 5. Band, S. 641.

163) Das vom Gesetz vorgeschriebene Mindestkapital einer italienischen Aktiengesellschaft beträgt gemäss Art. 2327 Codice Civile Lire 1.000.000, --.

gemäss Art. 2447 Codice Civile unverzüglich die Hauptversammlung einberufen, die darüber zu beschliessen hat, ob entweder das Kapital gleichzeitig herabgesetzt wird und sodann auf einen Betrag nicht unter Lire 1.000.000, -- rückerhöht wird oder ob die Gesellschaft aufgelöst werden soll.

Während das türkische und das eidgenössische Recht sich eher an den Wortlaut des § 92 I AktG angelehnt zu haben scheinen, dürften die Art. 2446 und 2447 Codice Civile eine starke Ähnlichkeit mit Art. 241 des französischen Gesetzes vom 24. Juli 1966 nicht verleugnen können.

V. Die Vorlage der Kommission der Europäischen Gemeinschaften

Art. 249 der Vorlage der Kommission der Europäischen Gemeinschaften an den Ministerrat der Europäischen Gemeinschaften vom 30. April 1975 über das Statut für Europäische Aktiengesellschaften lautet (164):

- "1. Sinkt infolge von Verlusten, die in den Büchern festgestellt werden, das Reinvermögen der Gesellschaft unter die Hälfte des Kapitals, entscheidet die Hauptversammlung, die die Jahresrechnung gemäss Art. 84 erörtert, ob die Gesellschaft aufzulösen ist.

164) Bulletin der Europäischen Gemeinschaften,
Beilage 4/75, S. 97.

Dieser Punkt wird auf die Tagesordnung gesetzt; der Vorstand hat in einem Sonderbericht, zu dem der Aufsichtsrat eine begründete Stellungnahme abgeben muss, ausdrücklich zu der Frage der Auflösung Stellung zu nehmen.

Jeder Interessierte kann verlangen, dass ihm spätestens 15 Tage vor Zusammentritt der Hauptversammlung ein Exemplar dieser Dokumente kostenlos zugesandt wird. In der Einberufung der Hauptversammlung ist auf diese Möglichkeit hinzuweisen.

2. Wird die Auflösung nicht beschlossen, muss das Kapital spätestens zwei Jahre nach dem Tage des Zusammentritts der in Absatz I vorgesehenen Hauptversammlung um den Betrag herabgesetzt werden, der mindestens dem Verlust entspricht, wenn in der Zwischenzeit das Reinvermögen nicht in der Höhe des Wertes von mindestens der Hälfte des Kapitals wieder angewachsen ist. Die Herabsetzung des Kapitals auf einen Betrag, der unter dem in Artikel 4 bestimmten Mindestkapital liegt, kann jedoch nur beschlossen werden, wenn gleichzeitig eine Kapitalerhöhung beschlossen wird, die das Kapital auf den in diesem Artikel vorgeschriebenen Betrag bringt. Der Vorstand hat den Tag der Beendigung der Zweijahresfrist unverzüglich dem Europäischen Handelsregister zur Eintragung mitzuteilen.
3. In jedem Fall beschliesst die Hauptversammlung nach den für Satzungsänderungen geltenden Vorschriften.
4. Hat die Hauptversammlung nicht rechtzeitig innerhalb der in Absatz 2 vorgesehenen Frist die Auflösung der Gesellschaft oder die Herabsetzung des Kapitals unter den in Absatz 2 festgesetzten Bedingungen beschlossen, ist die Gesellschaft mit Ablauf dieser Frist von Rechts wegen aufgelöst."

Diese Regelung ist eine Verbindung romanischer und deutscher Elemente, wobei jedoch die romanische Herkunft überwiegen dürfte (165). Während sich im deutschen Recht die Tätigkeit des Vorstandes in der Verlustfeststellung, der Informierung der Hauptversammlung und dem Unterbreiten von Vorschlägen erschöpft und es sodann in das Ermessen der Hauptversammlung gestellt ist, was bzw. ob überhaupt etwas zu geschehen hat, muss nach diesem Entwurf die Hauptversammlung entscheiden, ob die Gesellschaft aufzulösen ist oder nicht. Der Vorstand kann jedoch mit der Informierung der Hauptversammlung und mit dem von ihm zu erstellenden Sonderbericht bis zur nächsten ordentlichen Hauptversammlung warten. In diesem Punkt steht also die geplante Regelung der Europäischen Gemeinschaften hinter § 92 I AktG zurück.

Interessanterweise kann jeder Interessierte auf Anforderung kostenlos diesen Sonderbericht des Vorstandes erhalten, wobei hierunter nicht nur die Aktionäre, sondern auch die Gläubiger und die Arbeitnehmer der betroffenen Gesellschaft fallen (166). Das entspricht einer Erweiterung des Normzwecks im Vergleich zu § 92 I AktG.

165) Lutter: Die Europäische Aktiengesellschaft, S. 358.

166) Bulletin der Europäischen Gemeinschaften, Beilage 4/75, S. 187.

Stimmt die Hauptversammlung für die Auflösung, so tritt diese über Art. 247 lit. a) ein. Wird die Auflösung der Gesellschaft nicht beschlossen, so bestehen für die Zukunft der Gesellschaft drei Möglichkeiten, von denen eine auf jeden Fall spätestens 2 Jahre nach Zusammentritt der Hauptversammlung eintreffen wird:

- a. Der Gesellschaft gelingt es, innerhalb der Zweijahresfrist das Reinvermögen wieder bis mindestens auf die Hälfte des Grundkapitals anzumehren; dann findet Art. 249 überhaupt keine Anwendung mehr.
- b. Die Hauptversammlung beschliesst innerhalb der Zweijahresfrist eine Kapitalherabsetzung entsprechend den eingetretenen Verlusten und, falls nötig, gleichzeitig eine Kapitalerhöhung bis zur Höhe des für die Europäische Aktiengesellschaft vorgesehenen Mindestkapitals.
- c. Falls keine der beiden vorstehend aufgeführten Massnahmen erfolgt, ist die Gesellschaft mit Ablauf der Zweijahresfrist von Rechts wegen aufgelöst.

Diese Regelung geht weit über den in § 92 I AktG gezogenen Rahmen hinaus und ist in ihrer Konsequenz sehr hart. Auf eine bestehende nationale Gesetzesgrundlage kann sich diese restriktive Lösung nicht stützen.

Es erscheint daher fraglich, ob dieser Entwurf eine ausreichende Mehrheit in den zuständigen Entscheidungsgremien finden wird.

VI. Das Aktienrecht der Vereinigten Staaten von Amerika

In den Vereinigten Staaten von Amerika gibt es kein einheitliches Gesellschaftsrecht. Jeder der fünfzig amerikanischen Staaten, der District von Columbia und die verschiedenen "territories" und "possessions" haben ihre eigenen individuellen Gesetze und ihr "common Law" bezüglich des Gesellschaftsrechts. Selbst wenn in zwei verschiedenen Staaten der Gesetzeswortlaut identisch ist, bringt es die unabhängige und bundesstaatlich ausgerichtete Beschaffenheit des amerikanischen Rechts mit sich, dass hierzu eine spezielle Common Law-Entscheidungssammlung in jedem einzelnen Staat entsteht.

Ansätze zu einem bundesstaatlich geltenden Gesellschaftsrecht waren in einem Entwurf zu einem "Uniform Corporation Law" enthalten, wie er von einer Gruppe der American Bar Association zur Diskussion gestellt wurde. 1966 erging der sogenannte "Model Business Corporation Act" (167).

167) Committee on Corporate Laws der Section of Corporate, Banking and Business Law of the American Bar Association, 1966.

Dieser "Model Business Corporation Act" war stark dem bis dato gültigen Corporation Law des Staates Delaware nachgebildet; dieser und das Gesetz von Delaware können als Vorbild für die meisten amerikanischen einzelgesetzlichen Corporation Laws angesehen werden.

Im amerikanischen einzelstaatlichen Recht gibt es keine vergleichbare Regelung zu § 92 I AktG, da im Gegensatz zum deutschen Aktienrecht die Systematik des amerikanischen einzelstaatlichen Aktienrechts nicht zur Abhaltung einer ausserordentlichen Hauptversammlung zwingt, wenn ein erheblicher Verlust aufgedeckt wird. Die im deutschen Aktienrecht vorgenommene scharfe Trennung zwischen Exekutiv- und Kontrollorgan ist dem amerikanischen Aktienrecht fremd. Die Möglichkeiten für die Aktionäre, die Abhaltung einer ausserordentlichen Hauptversammlung zu erzwingen, sind in den verschiedenen Corporation Laws der amerikanischen Einzelstaaten wesentlich schwieriger als im deutschen Aktienrecht (168).

-
- 168) Gemäss § 122 I 1 AktG ist eine Hauptversammlung einzuberufen, wenn "Aktionäre, deren Anteil zusammen den zwanzigsten Teil des Grundkapitals erreichen, die Einberufung ... verlangen".

Nach dem wesentlich strengeren Recht der Vereinigten Staaten verlangen z.B. die Staaten North-Carolina (North-Carolina Business Corporation Act, § 55-61 c) und Texas (Texas Business Corporation Act, Art. 2 124 C) einen Antrag von Aktionären, deren Anteile mindestens den zehnten Teil des Grundkapitals erreichen.

Kalifornien (Californian Code, § 2202 c), der District of Columbia (District of Columbia Business Corporation Act, § 25 c) sowie Pennsylvania (Pennsylvania Business Corporation Law, § 501 C) räumen dieses Recht lediglich Aktionären ein, die im Besitz von mindestens 20 % des stimmberechtigten Grundkapitals sind.

Maryland verlangt hierfür sogar ein Ansuchen von Aktionären, die mindestens 25 % des stimmberechtigten Grundkapitals innehaben müssen.

Im Hinblick auf die besondere Stellung der "directors" und ihre unmittelbare finanzielle Verantwortung, das spezielle Wahlsystem ihrer Ernennung bzw. Abberufung sowie auf die nicht vergleichbaren Begriffe des "capital" mit dem deutschen "Grundkapital" (169) konnte in den amerikanischen Corporation Laws eine unmittelbare Parallelvorschrift zu § 92 I AktG nicht aufgefunden werden, da diese im Aufbau des "Corporation Law" systemwidrig gewesen wäre.

Die Securities and Exchange Commission ist eine Bundesbehörde der Vereinigten Staaten, die durch die sogenannte Securities Acts von 1933 und 1934 errichtet wurde. Ihre Befugnisse ergeben sich aus den Securities Acts und beinhalten hauptsächlich die Durchführung der in den Securities Acts enthaltenen Bestimmungen sowie die Überwachung ihrer Einhaltung. Gemäss § 13 (a) des Exchange Act ist jedermann, der an der Börse zugelassene und gehandelte Wertpapiere ausgibt, zur Abgabe laufender Berichte gegenüber der Börse und S.E.C. verpflichtet;

169) Israels and Gormann: Corporate Practice, S. 67.

Amory and Hardee: Materials on accounting, S. 45.

Merill, Lynch, Pierce, Fenner and Smith:

How to read a financial report.

diese Berichte müssen so detailliert sein, dass S.E.C. und Börse über die laufenden Geschäfte und Entwicklungen ausreichend informiert sind (170). Die Bestimmungen der S.E.C. selbst sehen vor, dass normalerweise jährliche Berichte innerhalb von 120 Tagen nach Beendigung eines Geschäftsjahres für dieses abgelaufene Geschäftsjahr gegenüber der S.E.C. abgegeben werden müssen (171).

Neben allgemeinen vierteljährlichen, halbjährlichen und jährlichen Berichten sind die Aktiengesellschaften darüberhinaus verpflichtet, Berichte gemäss Formblatt 8 K zu erstellen, wenn sich in ihrer Vermögenssituation eine Veränderung von mehr als 10 % des Buchvermögens ergeben hat (172).

170) Loss: Loss on Securities Regulation, S. 809.

§ 32 (a) des Exchange Act hält fest, dass es strafbar ist, wenn wissentlich und willentlich in diesen Berichten falsche Angaben gemacht bzw. notwendige Angaben nicht mitgeteilt werden.

171) Rule 13 a-1 der Securities and Exchange Commission.

172) Release Nr. 34-13156 in: Federal Securities Law Report Nr. 677, 1977, S. 33-38.

Eine Nichteinhaltung der von der S.E.C. vorgeschriebenen Verpflichtungen wird strafrechtlich geahndet (173). Die durch die Vorschriften der S.E.C. einer amerikanischen Stock-Corporation auferlegten Verpflichtungen gehen daher weit über den in § 92 I AktG gezogenen Rahmen hinaus.

VII. Zusammenfassung des dritten Kapitels

Die Untersuchung der französischen Rechtslage konnte in Art. 241 des Gesetzes vom 24. Juli 1966 in der Fassung vom 9. Januar 1969 eine Parallelvorschrift zu § 92 I AktG aufzeigen. Eine zu Art. 241 des Gesetzes vom 24. Juli 1966 verwandte Regelung fand sich im italienischen Recht in Art. 2446, 2447 des Codice Civile. Die Regelungen des türkischen und schweizerischen Aktienrechts zeigten eine starke Anlehnung an § 92 I AktG bzw. dessen Vorläufer § 83 I AktG 1937 und § 240 HGB.

Art. 249 der Vorlage der Kommission der Europäischen Gemeinschaften an den Ministerrat der Europäischen Gemeinschaften vom 30. April 1975 über das Statut für Europäische Aktiengesellschaften unterschreitet in seiner formellen Ausgestaltung, aber überschreitet in seiner materiellen Wirkung die Bestimmung des § 92 I AktG und dürfte schwerlich eine ausreichende Mehrheit für seine Realisierung finden.

173) Loss, a.a.O., S. 129.

Weder das amerikanische einzelstaatliche Gesellschaftsrecht noch die Regeln des S.E.C. enthalten eine unmittelbare Parallelvorschrift zu § 92 I AktG. Die einer amerikanischen Stock-Corporation obliegende Verpflichtung der Erstellung von Berichten gemäss Formblatt 8 K schliesslich geht ebenfalls in ihrem Wirkungsgrad weit über die im deutschen Aktienrecht normierte Regelung hinaus.

VIERTES KAPITEL

Reformvorschläge für § 92 I AktG

Gegenstand dieses Kapitels ist die Verwertung der Anregungen und Erkenntnisse, die bei der vorhergehenden Untersuchung der deutschen und ausländischen Bestimmungen gewonnen wurden und die nunmehr für eine mögliche Neufassung des § 92 AktG verwendet werden können. Die nachfolgenden Ausführungen - dies soll hier ausdrücklich betont werden - sollen jedoch nur Anregungen für eine eventuelle Modifizierung des § 92 I AktG zur Diskussion stellen. Letztendlich ist jedoch einer Lösung ohne Veränderung des bestehenden Gesetzeswortlauts - lediglich durch eine extensive Auslegung - immer der Vorzug zu geben.

I. Anregungen aus den ausländigen Bestimmungen

Aus den Erkenntnissen, die bei der Untersuchung der Rechtslage der Vereinigten Staaten von Amerika gewonnen wurden, drängt sich als eine mögliche Anregung die Frage auf, ob eine mit der S.E.C. vergleichbare Behörde, ein sogenanntes "Börsenamt", in das deutsche Gesell-

schaftsrecht übernommen werden sollte. Ein "Börsenamt" ist jedoch mit der Systematik des deutschen Aktienrechts nicht zu vereinen (174): Das amerikanische Aktienrecht ist auf Grund der in den Vereinigten Staaten bestehenden, zum Teil erheblichen Unterschiede der einzelstaatlichen Coporation Laws auf eine integrierende Institution angewiesen. Dem deutschen Recht sind dagegen Unterschiede zwischen Landes- und Bundesgesellschaftsrecht auf Grund seiner einheitlichen Kodifizierung unbekannt. Eine integrierende Institution mit ähnlichen umfangreichen Befugnissen wie die S.E.C. ist daher überflüssig.

Die im französischen Recht mit § 92 I AktG vergleichbare Bestimmung des Art. 241 des Gesetzes vom 24. Juli 1966 unterscheidet sich in einigen Teilbereichen von ihrer deutschen Parallelvorschrift. Diese Unterschiede erbringen jedoch keine nennenswerten Vorteile, die eine Übernahme ins deutsche Recht rechtfertigen würden: Zwar ist gemäss Art. 241 I eine Anzeigepflichtung der Verwaltungsorgane erst dann obligatorisch, wenn das Nettovermögen der Gesellschaft unter ein Viertel des Grundkapitals abgesunken ist. Hierbei finden jedoch die stillen Reserven grundsätzlich keine Berücksichtigung, so dass in der Regel ein Verlust in Höhe der

174) Andere Ansicht vor allem:

Wiedemann, Minderheitenschutz im Aktienhandel, der lange Zeit als entschiedener Verfechter für die Einführung eines Börsenamtes galt.

Hälfte des Grundkapitals bei Berücksichtigung der stillen Reserven bedeutender ist als ein Verlust von $3/4$ des Grundkapitals ohne Berücksichtigung der stillen Reserven, § 92 I AktG also die Anzeigepflichtung erst zu einem späteren Zeitpunkt vorsieht. Art. 241 II fordert eine entsprechende Kapitalherabsetzung, falls nicht innerhalb von 2 Jahren der eingetretene Verlust soweit reduziert wurde, dass die Gesellschaft wieder mindestens über ein Viertel ihres Grundkapitals verfügt. Auch im deutschen Recht sind in den §§ 222 und 229 AktG entsprechende Möglichkeiten für eine Kapitalherabsetzung vorhanden; im Gegensatz zum französischen Recht steht es jedoch im Ermessen der Aktionäre, ob sie eine Kapitalreduzierung durchführen wollen. Das deutsche Aktiengesetz geht von einem "mündigen" Aktionär aus. Begreiflicherweise muss daher der Entschluss, ob bei einem Verlust von mehr als der Hälfte des Grundkapitals eine Kapitalherabsetzung vorgenommen werden soll, in das pflichtgemäße Ermessen der Hauptversammlung gestellt werden. Die in Art. 241 IV den Aktionären und Gläubigern eingeräumte Klagemöglichkeit entspricht der Systematik des Art. 241, wenn die Hauptversammlung trotz ihrer Verpflichtung zum positiven Handeln untätig bleibt. Da § 92 I AktG der Hauptversammlung keinerlei Pflichten auferlegt, besteht kein Anlass, eine etwaige Untätigkeit zu sanktionieren. Auch die Verpflichtung des Art. 241 III zur Publizierung der gefassten Beschlüsse wäre in § 92 I AktG fehl am Platz, da keineswegs feststeht, ob überhaupt Beschlüsse gefasst werden.

Die Regelungen des türkischen und schweizerischen Rechts entsprechen in etwa § 92 I AktG, auch wenn sie teilweise hinter ihm zurückbleiben. Auch die Art. 2446, 2447 des italienischen Codice Civile vermögen keinen nennenswerten Unterschied zur bestehenden deutschen Rechtslage aufzuzeigen, die nicht schon bei der französischen Rechtslage erörtert wurden.

Art. 249 der Vorlage der Kommission der Europäischen Gemeinschaften über das Statut für Europäische Aktiengesellschaften bleibt zum einen hinter der bestehenden deutschen Rechtslage zurück. Zum anderen sieht sie in Art. 249 II-IV restriktive Massnahmen vor, die mit der Systematik des deutschen Aktienrechts unvereinbar wären. Es darf allerdings nicht übersehen werden, dass der deutsche Gesetzgeber auf Dauer zu einer Angleichung veranlasst sein könnte, falls die Vorlage tatsächlich in Form einer EWG-Verordnung gemäss Art. 189, 235 des EWG-Vertrages unmittelbares Europäisches Recht würde.

II. Formulierungsvorschlag

Die im 2. Kapitel vorgenommene Untersuchung der bestehenden deutschen Rechtslage brachte folgendes Ergebnis:

- a. Bei der Feststellung des Verlustes in Höhe der Hälfte des Grundkapitals hat eine Auflösung aller stillen Reserven zu erfolgen.

Da dies mit den aktienrechtlichen Bilanzierungs- und Bewertungsvorschriften nicht zu vereinen ist, muss die Verlustfeststellung nach den für die Überschuldungsbilanz massgeblichen Grundsätzen erfolgen (175).

b. § 407 I AktG sollte eine Ergänzung erhalten, durch die der Vorstand durch die Androhung bzw. Verhängung von Zwangsgeld zur Durchführung seiner Verpflichtung aus § 92 I AktG angehalten werden kann.

Für eine eindeutige Klarstellung im Sinne der vom Verfasser vertretenen Ansicht bietet sich daher folgende Neuformulierung von § 92 I AktG an:

175) Im Ergebnis in Übereinstimmung mit dem Verfasser:

Staub, a.a.O., Anm. 2 zu § 240 HGB

Wehler, a.a.O., S. 447

Hirtz, S. 38

Hertlein-Meissner, a.a.O., S. 177

Muser, a.a.O., S. 31

Teichmann-Köhler, a.a.O., Anm. 1a zu
§ 83 AktG 1937

Zilius, a.a.O., S. 94

Schmalenbach, a.a.O., S. 177

Knorr, a.a.O., S. 38

"Ist bei pflichtgemäßem Ermessen anzunehmen, dass ein Verlust in Höhe der Hälfte des Grundkapitals besteht, so hat der Vorstand unverzüglich die Hauptversammlung einzuberufen und ihr dies anzuzeigen. Die Feststellung, ob der Verlust die Hälfte des Grundkapitals erreicht, hat nach den Grundsätzen über die Erstellung einer Überschuldungsbilanz zu erfolgen.
§§ 151-156 AktG finden keine Anwendung.

Hierdurch wäre endgültig sichergestellt, dass über die Feststellung des Verlustes Klarheit besteht.

In § 407 I AktG müsste die enumerative Aufzählung durch die Einfügung "§ 92 I" hinter "§§ 80, 90" ergänzt werden.

III. Zusammenfassung des vierten Kapitels

Die bei der Untersuchung der ausländischen Parallelvorschriften zu § 92 I AktG gewonnenen Erkenntnisse vermochten eine Änderung der bestehenden deutschen Rechtslage nicht zu rechtfertigen. Allerdings könnte sich der deutsche Gesetzgeber auf Grund einer möglichen einheitlichen Regelung in der Europäischen Gemeinschaft veranlasst sehen, Angleichungen an die Europäische Regelung vorzunehmen, die eine erhebliche Änderung von § 92 I AktG herbeiführen würden.

Die im zweiten Kapitel erarbeitete Auslegung von § 92 I AktG findet ihre konsequente Ergänzung in dem angebotenen Neuformulierungsvorschlag. Mit seiner Hilfe sollten die bestehenden Differenzen beseitigt werden können.

Lebenslauf

Ich wurde am 5. April 1949 als Sohn von Frau Dr. med. Eva Becker, Fachärztin für Kinderkrankheiten und Herrn Alois Becker, Industrieller, in München geboren.

Im Frühjahr 1968 legte ich in München meine Reifeprüfung ab.

Vom Herbst 1968 bis Frühjahr 1972 war ich ordentlicher Studierender an der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität zu München. Nach meinem 7. Fachsemester absolvierte ich mit der Note "befriedigend" meine erste juristische Staatsprüfung.

Im Termin 1975/I absolvierte ich mit der Note "vollbefriedigend" in München die zweite juristische Staatsprüfung. Seit dem 16. Oktober 1975 bin ich im Oberlandesgerichtsbezirk München zur Rechtsanwaltschaft zugelassen.

München,
den 12. Dezember 1977

